

Attorney General of Ontario *Appellant*

v.

**Jamie Clark,
Donald Belanger and
Steven Watts** *Respondents*

and

**Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Toronto Police Chief James Ramer,
Canadian Association of Chiefs of Police,
Canadian Association of Crown Counsel and
Ontario Crown Attorneys' Association**
Intervenors

**INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)
v. CLARK**

2021 SCC 18

File No.: 38687.

2020: October 15; 2021: April 30.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

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

Crown law — Prosecutorial immunity — Misfeasance in public office — Police officers commencing misfeasance claim against Attorney General on basis of Crown prosecutors' failure in conduct of criminal trials to challenge accused's claims of assault by police officers during arrest — Officers alleging that they suffered reputational harm and seeking damages — Whether prosecutorial immunity precludes misfeasance claims by police officers against Crown prosecutors for decisions made in exercise of public duties — Whether claim should be struck.

Procureur général de l'Ontario *Appellant*

c.

**Jamie Clark,
Donald Belanger et
Steven Watts** *Intimés*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Toronto Police Chief James Ramer,
Association canadienne des chefs de police,
Association canadienne des juristes de l'État et
Association des procureurs de la Couronne
de l'Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (PROCUREUR
GÉNÉRAL) c. CLARK**

2021 CSC 18

N° du greffe : 38687.

2020 : 15 octobre; 2021 : 30 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

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

Droit de la Couronne — Immunité du poursuivant — Faute dans l'exercice d'une charge publique — Demande présentée par des policiers contre le procureur général pour faute dans l'exercice d'une charge publique et fondée sur l'omission de procureurs de la Couronne dans la conduite de procès criminels d'avoir contesté les allégations d'accusés qui ont soutenu avoir été agressés par les policiers durant leur arrestation — Allégations par les policiers de préjudices à leur réputation et réclamation par ceux-ci de dommages-intérêts — L'immunité du poursuivant empêche-t-elle les policiers d'intenter un recours pour faute dans l'exercice d'une charge publique à l'encontre de procureurs de la Couronne pour des décisions prises par ceux-ci dans l'exercice de cette charge? — La demande devrait-elle être radiée?

In June 2009, three officers with the Toronto Police Service arrested M and S in connection with a complaint of armed robbery and forcible confinement. Both men were charged and committed to stand trial. Prior to trial, M brought an application to stay the proceedings against him and to exclude the evidence of a confession he made on the day of the arrest based on his claim that the police beat him during the arrest and caused him a serious rib injury. The Assistant Crown Attorney and a senior Crown Attorney agreed that M's confession would not be admissible, and the charges against M were stayed. The jury trial against S proceeded and he was convicted. After his conviction, S filed a stay application alleging that the officers assaulted him and M during their arrest. M and S both testified on the stay application. The Assistant Crown Attorney did not call the officers to give evidence and conceded that the assaults occurred. The judge accepted the evidence and reduced S's sentence. Her reasons described the assaults in detail and described the officers' conduct as "police brutality". Those findings were reported in the media. The Special Investigations Unit ("SIU") and the Toronto Police Service Professional Standards Unit ("PSU") then conducted reviews of the allegations of misconduct against the officers. The SIU discontinued its proceedings when M declined to participate; the PSU concluded that the alleged misconduct could not be substantiated.

S appealed the decision not to stay the proceedings. The Court of Appeal allowed S's appeal and entered a stay of proceedings, noting that the appeal Crown did not contest the evidence of the assaults. It strongly criticized the officers' conduct. Its findings were reported in the media. After the appeal, the SIU reopened its investigation and concluded that M's rib injury post-dated the arrest and that the allegations against the police were not substantiated by the evidence. An Ontario Provincial Police review concluded that the PSU investigation was thorough and that there was no reason to refute its conclusions.

The officers sued the Attorney General for negligence and misfeasance committed by the Assistant Crown Attorney, the senior Crown Attorney and the appeal Crown

En juin 2009, trois policiers du Service de police de Toronto ont procédé à l'arrestation de M et S à la suite d'une plainte pour vol à main armée et séquestration. Les deux hommes ont été accusés et renvoyés à procès. Avant l'ouverture du procès, M a présenté une demande visant à obtenir l'arrêt des procédures intentées contre lui et l'exclusion des éléments de preuve relatifs à l'aveu qu'il avait fait le jour de son arrestation, au motif que les policiers l'avaient battu lors de son arrestation et l'avaient grièvement blessé aux côtes. La procureure adjointe de la Couronne et un procureur principal de la Couronne ont estimé que l'aveu de M ne serait pas admissible en preuve, et les accusations portées contre M ont été suspendues. S a pour sa part subi un procès devant jury et a été reconnu coupable. Après sa déclaration de culpabilité, il a déposé une demande d'arrêt des procédures dans laquelle il alléguait que les policiers les avaient agressés, lui et M, lors de leur arrestation. M et S ont tous deux témoigné lors de l'instruction de la demande d'arrêt des procédures. La procureure adjointe de la Couronne n'a pas appelé les policiers à témoigner et a concédé que les agressions avaient eu lieu. La juge du procès a accepté les témoignages et réduit la peine de S. Dans ses motifs, elle a décrit les agressions en détail et a qualifié la conduite des policiers de « brutalité policière ». Ces conclusions ont été reprises dans les médias. L'Unité des enquêtes spéciales (« UES ») et l'Unité des normes professionnelles du Service de police de Toronto (« UNP ») ont alors procédé à des examens des allégations d'inconduite formulées contre les policiers. L'UES a mis fin à son enquête lorsque M a refusé d'y participer; l'UNP a conclu que les allégations d'inconduite n'étaient pas fondées.

S a interjeté appel de la décision refusant d'ordonner l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a fait droit à l'appel de S et a ordonné l'arrêt des procédures, notant que la procureure de la Couronne lors de l'appel n'avait pas contesté les éléments de preuve présentés au sujet des agressions. La Cour d'appel a vivement critiqué la conduite des policiers. Ses conclusions ont été rapportées dans les médias. À la suite de l'appel, l'UES a rouvert son enquête et a conclu que la blessure subie aux côtes par M était postérieure à l'arrestation et que les allégations formulées contre les policiers n'étaient pas étayées par la preuve. Un examen par la Police provinciale de l'Ontario a conclu que l'enquête de l'UNP avait été exhaustive et que rien ne justifiait de réfuter ses conclusions.

Les policiers ont intenté une poursuite contre le procureur général pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique par la procureure adjointe de la

Attorney. They sought general damages for negligence and misfeasance, plus aggravated, exemplary and punitive damages. They claimed to have suffered irreparable harm to their reputations and credibility. The Attorney General moved to strike the claim for failing to disclose a cause of action. The motions judge struck the negligence claim but allowed the misfeasance claim to proceed, and this decision was upheld on appeal. Only the decision as to the misfeasance claim is appealed to the Court.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and the misfeasance claim struck.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Prosecutors do not owe specific legal duties to the police with respect to how they carry out a prosecution, and misfeasance cannot be used to get around this reality. Piercing the immunity of Crown prosecutors to make them accountable to police officers would put Crown prosecutors in perpetual potential conflict with their transcendent public duties of objectivity, independence and integrity in pursuit of ensuring a fair trial for the accused and maintaining public confidence in the administration of justice. This means that the officers' misfeasance claim would not succeed.

Prosecutorial immunity advances the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their quasi-judicial roles as ministers of justice. The principles underlying immunity are the prosecutor's constitutionally protected independence, the risks to objective decision-making, and a concern about diverting prosecutors from their public interest duties. The jurisprudence has recognized that exposing prosecutors to civil liability may create a chilling effect, encouraging decision-making motivated by a desire to ward off the spectre of liability and obfuscating the prosecutor's core duties to act objectively and

Couronne, par le procureur principal de la Couronne ainsi que par la procureure de la Couronne lors de l'appel. Ils ont réclamé des dommages-intérêts généraux pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique, ainsi que des dommages-intérêts majorés, exemplaires et punitifs. Ils affirment avoir subi un préjudice irréparable à leur réputation et à leur crédibilité. Le procureur général a présenté une motion en radiation de la demande au motif qu'elle ne révélait pas de cause d'action. Le juge des motions a radié l'action fondée sur la négligence, mais a autorisé l'exercice du recours fondé sur une faute dans l'exercice d'une charge publique, et cette décision a été confirmée en appel. Seule la décision quant à la demande pour faute dans l'exercice d'une charge publique a été portée en appel devant la Cour.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et l'action pour faute dans l'exercice d'une charge publique est radiée.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Les poursuivants n'ont pas d'obligation légale précise envers la police en ce qui concerne la façon dont ils mènent une poursuite, et on ne peut recourir à des allégations de faute dans l'exercice d'une charge publique pour contourner cette réalité. Lever l'immunité des procureurs de la Couronne pour les obliger à rendre compte de leurs actes à la police les placerait dans une situation perpétuelle d'éventuel conflit d'intérêts face aux devoirs supérieurs qui leur sont imposés par leur charge publique et qui les obligent à faire preuve d'objectivité, d'indépendance et d'intégrité afin d'assurer un procès équitable à l'accusé et de maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. En conséquence, l'action intentée par les policiers pour faute dans l'exercice d'une charge publique serait vouée à l'échec.

L'immunité du poursuivant protège l'intérêt public en permettant aux poursuivants de prendre des décisions discrétionnaires dans l'exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d'ingérence judiciaire ou politique et de s'acquitter ainsi de leur rôle quasi judiciaire de représentants de la justice. Les raisons de principe qui justifient l'immunité sont l'indépendance du poursuivant, qui est consacrée par la Constitution, les risques pour la prise de décisions objectives et la crainte de distraire les poursuivants des obligations dont ils doivent s'acquitter dans l'intérêt public. La jurisprudence reconnaît que le fait d'exposer le poursuivant à la responsabilité civile est susceptible de créer un effet paralysant et d'encourager

independently in the interests of the integrity of the system and the rights of the accused.

The need to safeguard and vindicate the rights of the accused, who is uniquely vulnerable to the misuse of prosecutorial power, is crucial. Allowing police officers to sue the Crown in misfeasance for decisions prosecutors make in the course of criminal proceedings would raise profound risks to the rights of the accused and to prosecutorial independence and objectivity, and it would undermine the integrity of the criminal justice system. It would also be fundamentally incompatible with the mutually independent relationship between the police and the prosecutor: the police's role is to investigate crime; the Crown prosecutor's role is to assess whether a prosecution is in the public interest and, if so, to carry out that prosecution in accordance with the prosecutor's duties to the administration of justice and the accused.

For prosecutors to be at risk of civil liability for reputational harm to police officers means considering irrelevant considerations and risking independence and objectivity, the core of the prosecutor's role. Police suing prosecutors for decisions they make in the course of a criminal prosecution is a recipe for putting prosecutors in conflict with their duty to protect the integrity of the process and the rights of the accused. Beyond the risk of actual conflict, the appearance of such a conflict would be equally damaging to the integrity of the administration of justice. Permitting police lawsuits against Crown prosecutors would suggest to the public and to accused persons that police were policing prosecutions through the use of private law, imperiling public confidence in the independent and objective ability of prosecutors to conduct fair trials. The police have a legitimate expectation and interest in their reputations not being unfairly impaired, but the solution cannot be to make prosecutors accountable to them in a way that obliterates the independence between police and prosecutors and is inconsistent with the Crown's core public duties to the administration of justice and to the accused.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be dismissed. Prosecutorial immunity should not apply to claims

la prise de décisions motivées par la volonté de conjurer le spectre de la responsabilité, ce qui risque d'occulter le devoir essentiel du poursuivant d'agir de façon objective et indépendante pour défendre l'intégrité du système et les droits de l'accusé.

La nécessité de protéger et de défendre les droits de l'accusé, qui est particulièrement vulnérable face à un recours abusif au pouvoir de poursuivre, est cruciale. Permettre à des policiers de poursuivre la Couronne pour faute commise dans l'exercice d'une charge publique en raison des décisions prises par des poursuivants au cours de poursuites criminelles compromettrait profondément les droits de l'accusé ainsi que l'indépendance et l'objectivité du poursuivant et porterait atteinte à l'intégrité du système de justice criminel. Ce serait également fondamentalement incompatible avec l'existence de rapports mutuellement indépendants entre la police et le poursuivant : la police a pour rôle d'enquêter sur les crimes; le rôle de la Couronne consiste à déterminer si une poursuite est dans l'intérêt public et, si oui, à mener cette poursuite en respectant ses obligations envers l'administration de la justice et l'accusé.

Si le poursuivant risquait d'engager sa responsabilité civile pour atteinte à la réputation de policiers, cela impliquerait qu'il tiendrait compte de facteurs non pertinents ce qui compromettrait son indépendance et son objectivité, qui sont au cœur du rôle qui lui est confié. Permettre aux policiers de poursuivre des procureurs de la Couronne au sujet de décisions prises par ces derniers au cours d'un procès criminel est une recette pour placer les poursuivants dans une situation de conflit d'intérêts face à leur devoir de protéger l'intégrité du processus et les droits de l'accusé. Au-delà du risque de conflit réel, l'apparence d'un tel conflit serait tout aussi néfaste pour l'intégrité de l'administration de la justice. Permettre aux policiers d'intenter un procès contre les procureurs de la Couronne donnerait à penser au public et aux accusés que la police exerce un contrôle sur les poursuites par le truchement du droit privé, ce qui ébranlerait la confiance du public en la capacité indépendante et objective des poursuivants de mener des procès équitables. Les policiers ont des attentes et des intérêts légitimes à ce que leur réputation ne soit pas injustement entachée, mais la solution ne saurait consister à obliger les poursuivants à leur rendre des comptes d'une manière qui ferait disparaître l'indépendance entre la police et les poursuivants et qui serait inconciliable avec les devoirs publics fondamentaux de la Couronne envers l'administration de la justice et les accusés.

La juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté. L'immunité du poursuivant ne devrait pas s'appliquer

for misfeasance in public office brought by police officers who suffered harm as a result of deliberate and unlawful conduct by prosecutors in connection with serious criminal allegations of police misconduct.

The rule of law requires equality before the law, and is incompatible with absolute immunities. The Court has recognized two exceptions to prosecutorial immunity in favour of accused persons: the torts of malicious prosecution and wrongful non-disclosure. Although the protection of prosecutorial independence is constitutionally entrenched in s. 7 of the *Charter*, the scope of prosecutorial immunity is a matter of policy. Prosecutorial independence translates into two policy concerns which are meant to gauge the risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice: the risk of creating a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion and the risk of diverting prosecutors from their public duties. These concerns must not be invoked like a mantra to justify the application of prosecutorial immunity in every situation not falling within the exceptions recognized for the benefit of accused persons; rather, they should be considered in light of the particular liability threshold applicable to the tort at issue. A two-step analysis should be used to decide whether prosecutorial immunity should be applied in a particular situation: the first step requires determining whether there are cogent policy reasons for piercing the immunity, and the second step requires determining whether the liability threshold for the tort at issue is high enough to tamp down the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence.

With respect to the first step, four policy reasons justify not applying prosecutorial immunity in cases where police officers suffered serious damages arising from unlawful and deliberate prosecutorial misconduct: (1) the tactical nature of the decisions involved; (2) the significance of the interests at stake; (3) the lack of meaningful alternative remedies and accountability mechanisms; and (4) public confidence in the office of prosecutor and in the police.

First, the principle of prosecutorial independence does not apply to decisions pertaining to the handling of allegations of police brutality because they are, in general, tactical decisions falling outside the core of prosecutorial

à l'encontre des actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique intentées par des policiers ayant subi un préjudice par suite de la conduite délibérée et illégitime de poursuivants en lien avec des allégations criminelles graves d'inconduite policière.

La primauté du droit commande l'égalité devant la loi, et est incompatible avec les immunités absolues. La Cour a reconnu deux exceptions à l'immunité du poursuivant en faveur des accusés : les délits civils de poursuites abusives et de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Même si la protection de l'indépendance du poursuivant est constitutionnalisée par l'art. 7 de la *Charte*, la portée de l'immunité du poursuivant est une question d'intérêt public. L'indépendance du poursuivant soulève deux considérations d'intérêt public qui doivent être prises en compte pour apprécier le risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions dans l'intérêt de l'administration de la justice : le risque de créer un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et le risque que les poursuivants soient détournés de leurs fonctions publiques. Ces considérations ne doivent pas être invoquées comme un mantra pour justifier l'application de l'immunité du poursuivant dans toutes les circonstances qui ne tombent pas sous le coup des exceptions reconnues dont bénéficient les accusés; elles devraient plutôt être examinées en tenant compte du seuil de responsabilité qui s'applique au délit en cause. Il faut procéder à une analyse en deux étapes pour déterminer si l'immunité du poursuivant doit être appliquée dans une circonstance particulière : la première étape consiste à se demander s'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes qui justifieraient la levée de l'immunité, et la deuxième étape consiste à déterminer si le seuil de responsabilité à l'égard du délit en cause est assez élevé pour atténuer les risques liés aux deux considérations d'intérêt public et préserver l'indépendance du poursuivant.

En ce qui a trait à la première étape, il existe quatre raisons d'intérêt public justifiant de ne pas appliquer l'immunité du poursuivant dans les cas où des policiers ont subi de graves préjudices parce que le poursuivant a agi de manière délibérée et illégitime : (1) la nature stratégique des décisions en cause; (2) l'importance des intérêts en jeu; (3) l'absence d'autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs; et (4) la confiance du public dans la fonction de poursuivant et dans la police.

Tout d'abord, le principe de l'indépendance du poursuivant ne s'applique pas aux décisions portant sur le traitement d'allégations de brutalité policière, car il s'agit, en général, de décisions stratégiques qui ne relèvent pas

discretion. The principle of prosecutorial independence seeks to protect first and foremost the core of prosecutorial discretion, including decisions about the nature and extent of the prosecution (decisions to press charges, to enter a stay of proceedings, to enter into a plea bargain, to withdraw from proceedings and to take control of a private prosecution). Decisions that do not pertain to the nature and extent of the prosecution, such as tactical decisions, fall outside the scope of core prosecutorial discretion, so interfering with them does not implicate prosecutorial independence to the same extent. In any event, any conduct amounting to bad faith or malice falls outside the core and does not engage prosecutorial independence.

Second, just as the significance of the interests of accused persons may prevent the application of prosecutorial immunity, the significance of the interests at stake for the police officers weighs in favour of a conclusion that prosecutorial immunity does not apply. Findings of police brutality can have a profound impact on the officers' dignity, professional life, reputation and mental health. Those findings could also leave the officers open to professional discipline, or to civil and criminal liability. In addition, they would make the burden of proving the reasonableness of the use of force or self-defence in subsequent proceedings much more difficult.

Third, the available alternative remedies are unable to make the victims whole again. Disciplinary proceedings against the prosecutors before the Law Society or administrative sanctions from their employer carry little weight in comparison with prior judicial determinations of police brutality and torture made by a criminal court. Only exculpatory findings made by a civil court which had the benefit of all the evidence and did a thorough analysis can clear police officers' names once and for all. However, this remedy is contingent on an accused person's decision to bring a civil suit against the police; if the accused person decides not to sue the police, the officers are unable to challenge the findings of police brutality in a court of law because prosecutorial immunity deprives them of an autonomous access to the civil courts. If the immunity is displaced and the officers are able to bring their own action against the prosecutors to take issue with the mishandling

du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Le principe de l'indépendance du poursuivant vise à protéger avant tout les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, qui comprennent les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites (les décisions d'intenter des poursuites, d'ordonner un arrêt des procédures, de négocier sur un plaidoyer, de se retirer de procédures et de prendre en charge des poursuites privées). Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, comme les décisions stratégiques, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, si bien que lorsque les tribunaux interfèrent avec elles le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas mis en jeu au même degré. Quoi qu'il en soit, toute conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malveillance dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites et ne fait pas intervenir le principe de l'indépendance du poursuivant.

Deuxièmement, tout comme l'importance des intérêts des accusés peut empêcher l'application de l'immunité du poursuivant, l'importance des intérêts en jeu pour les policiers milite en faveur d'une conclusion que l'immunité du poursuivant ne s'applique pas. Des conclusions de brutalité policière peuvent avoir de graves répercussions sur la dignité, la vie professionnelle, la réputation et la santé mentale des policiers. De telles conclusions peuvent en outre exposer les policiers à des mesures disciplinaires, ou engager leur responsabilité civile et criminelle. De plus, elles alourdiraient nettement le fardeau de prouver lors de poursuites subséquentes qu'ils avaient des motifs raisonnables d'employer la force ou qu'ils avaient agi en légitime défense.

Troisièmement, les autres recours qui existent ne permettent pas de remettre les victimes dans leur état antérieur. Les procédures disciplinaires qui pourraient être engagées devant le Barreau à l'encontre des poursuivants ou les sanctions administratives que pourrait leur infliger leur employeur ont peu de poids comparativement aux décisions antérieures d'un tribunal criminel quant à l'existence de brutalité policière et de torture. Seules des conclusions disculpatoires tirées par un tribunal civil qui disposerait de l'ensemble de la preuve et qui effectuerait une analyse approfondie pourraient remédier aux atteintes faites à la réputation des policiers une fois pour toutes. Toutefois, ce recours est subordonné à la décision d'un accusé d'intenter une poursuite civile contre la police; si l'accusé décide de ne pas intenter une telle poursuite, les policiers ne peuvent pas contester des conclusions de brutalité policière devant une cour de justice, car l'immunité

of the allegations of police brutality, the officers will be in a position to actively vindicate their reputations.

Finally, not applying prosecutorial immunity in such cases reinforces public confidence in both the office of prosecutor and the police. Public confidence in the office of prosecutor is better served when prosecutors are made accountable than when they are absolved from any misconduct. Protecting prosecutors who act unlawfully in a deliberate manner erodes public confidence in the office of Crown prosecutor. Prosecutorial immunity also undermines public confidence in the police. Where police officers are unable to redress their records before another court, their damaged reputation impedes the police's capacity to investigate and protect and hampers the prosecution of crime. It also makes them vulnerable to the defence's attacks when they testify, weakening the Crown's case as a result and potentially allowing some guilty accused persons to unduly avoid convictions.

With respect to the second step, the liability threshold for the tort of misfeasance in public office places the bar high enough to mitigate the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence: a plaintiff must establish deliberate misconduct that demonstrates bad faith or dishonesty; inadvertent or negligent action of public officers are not enough. This high threshold must be considered in the context of the class of potential claimants and the prosecutorial activity at issue. The class of potential claimants — police officers facing allegations of serious misconduct in a criminal case — is very narrow, and the prosecutors' conduct at issue here does not fall within the core of prosecutorial discretion. When considered in this specific context, the high threshold provided by the elements of misfeasance in public office adequately protects against a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion, interference with prosecutorial independence, and the diversion of prosecutors from their duties. Finally, although permitting police officers to bring misfeasance claims may result in contradictory decisions, relitigation is necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty, when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results, or when fairness dictates

du poursuivant les empêche de s'adresser eux-mêmes à un tribunal civil. Si l'immunité était levée et si les policiers pouvaient intenter leur propre action contre les poursuivants en contestant le traitement inadéquat des allégations de brutalité policière, ils seraient alors en mesure de demander activement la réparation du tort qui a été causé à leur réputation.

Enfin, ne pas appliquer l'immunité dans de telles affaires renforce la confiance du public à l'égard à la fois de la fonction de poursuivant et de la police. La confiance du public envers la fonction de poursuivant est mieux préservée lorsque les poursuivants sont tenus responsables de leurs actes plutôt que d'être absous de toute inconduite. Protéger des poursuivants qui agissent illégalement de manière délibérée mine la confiance qu'a le public envers la fonction de procureur de la Couronne. L'immunité du poursuivant mine également la confiance du public envers la police. Lorsque des policiers ne sont pas en mesure de rétablir leur réputation devant un autre tribunal, leur réputation ternie entrave la capacité d'enquêter et de protéger de la police et celle de poursuivre les criminels. Cela les rend aussi vulnérables aux attaques de la défense lorsqu'ils sont appelés à témoigner, affaiblissant ainsi la théorie de la Couronne et faisant possiblement en sorte que des accusés par ailleurs coupables puissent éviter indûment de faire l'objet de condamnations.

En ce qui a trait à la deuxième étape, le seuil de responsabilité applicable au délit de faute dans l'exercice d'une charge publique est suffisamment élevé pour atténuer les deux considérations d'intérêt public et préserver l'indépendance du poursuivant : un demandeur doit démontrer qu'il y a eu inconduite délibérée et que cette inconduite comporte un élément de mauvaise foi ou de malhonnêteté; il ne lui suffit pas de démontrer que le fonctionnaire a agi par inadvertance ou avec négligence. Ce seuil élevé doit être apprécié dans le contexte de la catégorie des demandeurs éventuels et des actes du poursuivant en cause. La catégorie de demandeurs éventuels — les policiers qui font l'objet d'allégations d'inconduite grave dans le cadre de poursuites criminelles — est très restreinte, et la conduite des poursuivants en l'espèce ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Pris dans ce contexte particulier, le seuil élevé qui est établi par les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique offre une protection suffisante en empêchant la création d'un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et en évitant toute ingérence à l'égard de l'indépendance du poursuivant, ainsi que le détournement des fonctions de poursuivant. Enfin, même si le fait de permettre aux policiers d'intenter des actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une

that the original result should not be binding in the new context.

In the instant case, the officers have adequately pleaded the four essential elements of misfeasance in public office. Accordingly, their misfeasance claim should be allowed to continue.

Cases Cited

By Abella J.

Considered: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; **referred to:** *R. v. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia*, 2001 BCCA 619, 94 B.C.L.R. (3d) 14; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Smith v. Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 651, 147 O.R. (3d) 305; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190.

By Côté J. (dissenting)

Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657; *Hill v. Church of Scientology*

charge publique peut donner lieu au prononcé de décisions contradictoires, la remise en cause est nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, ou lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte.

En l'espèce, les policiers ont valablement invoqué les quatre éléments essentiels du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. Par conséquent, leur action fondée sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique devrait être autorisée à suivre son cours.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt examiné : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *R. c. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia*, 2001 BCCA 619, 94 B.C.L.R. (3d) 14; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Smith c. Ontario (Attorney General)*, 2019 ONCA 651, 147 O.R. (3d) 305; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 2028; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 4429; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657; *Hill c. Église de*

of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Day v. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302; *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Watkins v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1; *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) v. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, aff'd 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25, 34, 269.1(2).
Crown Attorneys Act, R.S.O. 1990, c. C.49, ss. 6(5), 8.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.

Authors Cited

Chamberlain, Erika. *Misfeasance in a Public Office*. Toronto: Thomson Reuters, 2016.
 Code, Michael. “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Toronto: Thomson Reuters, 2020 (loose-leaf updated November 2020, release 36).
 Law, J. M. “A Tale of Two Immunities: Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468.
 Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax, 1989.
 Ontario. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto, 1993.
 Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report*, vol. 2. Toronto, 1998.

scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 S.R.C.S. 645; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Day c. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302; *Nelles c. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513; *Bosada c. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Watkins c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1; *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) c. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, conf. par 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 25, 34, 269.1(2).
Loi sur les procureurs de la Couronne, L.R.O. 1990, c. C.49, art. 6(5), 8.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.

Doctrine et autres documents cités

Chamberlain, Erika. *Misfeasance in a Public Office*. Toronto: Thomson Reuters, 2016.
 Code, Michael. « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability : Law and Practice*, Toronto, Thomson Reuters, 2020 (loose-leaf updated November 2020, release 36).
 Law, J. M. « A Tale of Two Immunities : Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada » (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468.
 Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*, Halifax, 1989.
 Ontario. *Rapport du comité consultatif du procureur général sur le filtrage des accusations, la divulgation et les pourparlers de règlement*, Toronto, 1993.
 Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport*, t. 2, Toronto, 1998.

Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Sterling, Lori, and Heather Mackay. “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Lauwers, Huscroft and Trotter JJ.A.), 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2027 (QL), 2019 CarswellOnt 5941 (WL Can.), affirming a decision of Stinson J., 2017 ONSC 3683, [2017] O.J. No. 3236 (QL), 2017 CarswellOnt 9706 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Sunil Mathai and *Ananthan Sinnadurai*, for the appellant.

Lorne Honickman and *Michael Lacy*, for the respondents.

Patrick McGuinty, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Amiram Kotler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Tara Callan, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Michael J. Morris, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Christine Rideout, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Earl A. Cherniak, Q.C., for the intervener Toronto Police Chief James Ramer.

Rachel Huntsman, Q.C., for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Paul J. J. Cavalluzzo, for the interveners the Canadian Association of Crown Counsel and the Ontario Crown Attorneys’ Association.

Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Sterling, Lori, and Heather Mackay. « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter), 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2027 (QL), 2019 CarswellOnt 5941 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Stinson, 2017 ONSC 3683, [2017] O.J. No. 3236 (QL), 2017 CarswellOnt 9706 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Sunil Mathai et *Ananthan Sinnadurai*, pour l’appelant.

Lorne Honickman et *Michael Lacy*, pour les intimés.

Patrick McGuinty, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Amiram Kotler, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

Tara Callan, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Michael J. Morris, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Christine Rideout, c.r., pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Earl A. Cherniak, c.r., pour l’intervenant Toronto Police Chief James Ramer.

Rachel Huntsman, c.r., pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Paul J. J. Cavalluzzo, pour les intervenantes l’Association canadienne des juristes de l’État et l’Association des procureurs de la Couronne de l’Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

[1] ABELLA J. — The issue in this appeal is whether prosecutorial immunity precludes misfeasance claims by police officers against Crown prosecutors for decisions they make in the exercise of their public duties.

Background

[2] Three officers with the Toronto Police Service, Jamie Clark, Donald Belanger and Steven Watts, sued the Attorney General of Ontario for negligence and misfeasance in public office. Their claim is based on the alleged misconduct of Crown prosecutors in the way they dealt with stay applications brought by two accused persons who claimed that the police officers assaulted them during an arrest.

[3] This appeal arises from the Attorney General's motion to strike the claim pursuant to Rule 21 of Ontario's *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. In the proceedings leading up to this appeal, the courts struck the negligence claim but allowed the misfeasance claim to proceed. Only the misfeasance claim is before this Court.

[4] In June 2009, the officers arrested Randy Maharaj and Neil Singh in connection with a complaint of armed robbery and forcible confinement. Both men were charged and committed to stand trial.

[5] Assistant Crown Attorney Sheila Cressman was assigned carriage of the prosecutions. Prior to trial, Mr. Maharaj brought an application to stay the proceedings against him and to exclude the evidence of

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si l'immunité du poursuivant rend irrecevables les actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique intentées par des policiers contre des procureurs de la Couronne pour les décisions prises par ces derniers dans l'exercice de leur charge publique.

Contexte

[2] Trois policiers du Service de police de Toronto, les agents Jamie Clark, Donald Belanger et Steven Watts, ont intenté une poursuite contre le procureur général de l'Ontario pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique. Leur demande est fondée sur la présumée inconduite de procureurs de la Couronne, à qui ils reprochent leur traitement de demandes d'arrêt des procédures présentées par deux accusés, qui ont affirmé avoir été agressés par les policiers en question lors de leur arrestation.

[3] Le présent pourvoi fait suite à la motion en radiation de l'action présentée par le procureur général en vertu de la règle 21 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Dans les instances à l'origine du présent pourvoi, les tribunaux ont radié l'action fondée sur la négligence, mais ont autorisé l'exercice du recours fondé sur une faute dans l'exercice d'une charge publique. La Cour n'est saisie que de la demande pour faute dans l'exercice d'une charge publique.

[4] En juin 2009, les policiers ont procédé à l'arrestation de Randy Maharaj et de Neil Singh à la suite d'allégations de vol à main armée et de séquestration. Les deux hommes ont été accusés et renvoyés à procès.

[5] La procureure adjointe de la Couronne, M^e Sheila Cressman, a été chargée de la poursuite. Avant l'ouverture du procès, M. Maharaj a présenté une demande visant à obtenir l'arrêt des procédures

a confession he made on the day of the arrest based on his claim that the police beat him during the arrest and caused him a serious rib injury.

[6] Ms. Cressman consulted with a senior Crown attorney, Frank Armstrong, who agreed that Mr. Maharaj's confession would not be admissible. The charges against Mr. Maharaj were stayed.

[7] The jury trial against Mr. Singh proceeded and he was convicted. After his conviction, Mr. Singh filed a stay application alleging that the officers assaulted him and Mr. Maharaj during their arrest. Mr. Maharaj and Mr. Singh both testified on the stay application. Ms. Cressman did not call the officers to give evidence.

[8] Ms. Cressman conceded at the stay hearing that the assaults occurred, but argued that the appropriate remedy for Mr. Singh was a reduced sentence. The judge accepted the evidence that the officers assaulted Mr. Singh and Mr. Maharaj. She did not order a stay, finding that a reduced sentence would be a more appropriate remedy. In her reasons, dated March 28, 2012, she described the assaults in detail and, in her reasons for sentence dated July 27, 2012, she described the officers' conduct as "police brutality" (2012 ONSC 2028; 2012 ONSC 4429). Those findings were reported in the media.

[9] The Special Investigations Unit (SIU) was notified of the officers' conduct, but Mr. Maharaj declined to participate in the SIU investigation. As a result, the SIU did not continue its proceedings. The Toronto Police Service Professional Standards Unit (PSU) then conducted its own review of the allegations of misconduct against the officers, and concluded in a report issued in October 2012, that "[b]ased on the available evidence and analysis

intentées contre lui et l'exclusion des éléments de preuve relatifs à l'aveu qu'il avait fait le jour de son arrestation, au motif que les policiers l'avaient battu à cette occasion et l'avaient grièvement blessé aux côtes.

[6] Maître Cressman a consulté un procureur principal de la Couronne, M^e Frank Armstrong, qui a estimé comme elle que l'aveu de M. Maharaj ne serait pas admissible en preuve. Les accusations portées contre M. Maharaj ont été suspendues.

[7] Monsieur Singh a pour sa part subi un procès devant jury et a été reconnu coupable. Après sa déclaration de culpabilité, il a déposé une demande d'arrêt des procédures dans laquelle il alléguait que les policiers les avaient agressés, lui et M. Maharaj, lors de leur arrestation. Messieurs Maharaj et Singh ont tous deux témoigné lors de l'instruction de la demande d'arrêt des procédures. Maître Cressman n'a pas appelé les policiers à témoigner.

[8] Lors de l'audience sur l'arrêt des procédures, M^e Cressman a concédé que les agressions avaient eu lieu, mais a fait valoir que la réparation appropriée dans le cas de M. Singh était une peine réduite. La juge du procès a accepté les témoignages suivant lesquels les policiers avaient agressé MM. Singh et Maharaj. Elle n'a pas ordonné l'arrêt des procédures, estimant qu'une peine réduite constituerait une réparation plus appropriée. Dans les motifs qu'elle a rendus le 28 mars 2012, elle a décrit les agressions en détail et, dans ses motifs du prononcé de la peine datés du 27 juillet 2012, elle a qualifié la conduite des policiers de [TRADUCTION] « brutalité policière » (2012 ONSC 2028; 2012 ONSC 4429). Ces conclusions ont été reprises dans les médias.

[9] L'Unité des enquêtes spéciales (UES) a été mise au courant de la conduite des policiers, mais M. Maharaj a refusé de participer à l'enquête de cette dernière. En conséquence, l'UES n'a pas poursuivi son enquête. L'Unité des normes professionnelles du Service de police de Toronto (UNP) a alors procédé à son propre examen des allégations d'inconduite formulées contre les policiers et a conclu, dans un rapport publié en octobre 2012, que [TRADUCTION]

conducted, misconduct on the part of the subject officers cannot be substantiated”.

[10] Mr. Singh appealed the decision not to stay the proceedings. The appeal was heard on October 18, 2013, after the PSU had issued its report. The judges at the hearing asked the Crown on the appeal, Amy Alyea, whether disciplinary action or criminal proceedings were initiated against the officers. The officers claim that she did not inform the court of the exculpatory PSU findings or make a fresh evidence application to put those findings before the court.

[11] The Court of Appeal allowed Mr. Singh’s appeal and entered a stay of proceedings on December 12, 2013 (118 O.R. (3d) 253). In its reasons, the court noted that the Crown did not “contest [the evidence of the assaults] on appeal”, and strongly criticized the officers’ conduct. Its findings were reported in the media.

[12] After the appeal, the SIU reopened its investigation, interviewed Mr. Maharaj and reviewed the records. In May 2014, it concluded that the rib injury post-dated the arrest and that the allegations against the police were not substantiated by the evidence. The Ontario Provincial Police subsequently conducted its own review of the PSU investigation, concluding on April 9, 2015 that the investigation was thorough and that there was no reason to refute its conclusions.

[13] On June 22, 2016, the police officers sued the Attorney General for negligence and misfeasance committed by Ms. Cressman, Mr. Armstrong and Ms. Alyea. They sought general damages in the amount of \$500,000 for negligence and misfeasance, in addition to \$250,000 in aggravated, exemplary and punitive damages for each plaintiff. They claimed to

« [c]ompte tenu des preuves présentées et à la suite de notre analyse, nous estimons que les allégations d’inconduite visant les policiers en cause ne sont pas fondées ».

[10] Monsieur Singh a interjeté appel de la décision refusant d’ordonner l’arrêt des procédures. L’appel a été entendu le 18 octobre 2013, après que l’UNP eut publié son rapport. À l’audience, le tribunal a demandé à la procureure de la Couronne en appel, M^e Amy Alyea, si des mesures disciplinaires avaient été prises contre les policiers ou si des poursuites criminelles avaient été intentées contre eux. Les policiers affirment que la procureure n’a pas informé le tribunal des conclusions disculpatoires tirées par l’UNP et n’a pas présenté de demande de production de nouveaux éléments de preuve afin de porter ces conclusions à la connaissance du tribunal.

[11] La Cour d’appel a fait droit à l’appel de M. Singh et a ordonné l’arrêt des procédures le 12 décembre 2013 (2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253). Dans ses motifs, la Cour d’appel a noté que la Couronne n’a pas [TRADUCTION] « contesté dans le cadre de l’appel [les éléments de preuve présentés au sujet des agressions] », et elle a vivement critiqué la conduite des policiers. Ses conclusions ont été rapportées dans les médias.

[12] À la suite de l’appel, l’UES a rouvert son enquête, a interrogé M. Maharaj et a examiné les dossiers. En mai 2014, elle a conclu que la blessure subie aux côtes par M. Maharaj était postérieure à l’arrestation et que les allégations formulées contre les policiers n’étaient pas étayées par la preuve. Par la suite, la Police provinciale de l’Ontario a procédé à son propre examen de l’enquête de l’UNP et a conclu, le 9 avril 2015, que cette enquête avait été exhaustive et que rien ne justifiait de réfuter ses conclusions.

[13] Le 22 juin 2016, les policiers ont intenté une poursuite contre le procureur général pour la négligence et la faute dans l’exercice d’une charge publique de M^{es} Cressman, Armstrong et Alyea. Ils réclament 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux pour négligence et faute dans l’exercice d’une charge publique, ainsi qu’un montant de 250 000 \$

have suffered irreparable harm, including “damage to their reputations and credibility among members of the judiciary, the Attorney General’s office, the criminal defence bar and the public at large”.

[14] The negligence pleading was based on Ms. Cressman, Mr. Armstrong and Ms. Alyea’s breaches of an alleged duty of care owed by Crown prosecutors to investigating police officers with respect to the conduct of a prosecution.

[15] The misfeasance pleading was based on the claim that the prosecutors’ conduct was deliberately unlawful and committed with knowledge that it would result in reputational harm to the officers. Against Ms. Cressman, the pleading stated that her unlawful conduct included her failure to properly ascertain the veracity of the assault allegations, her failure to call the police as witnesses to refute what the officers described as false and defamatory claims, and her ignoring or being wilfully blind to facts that exculpated the officers.

[16] Against Ms. Alyea, it was also claimed that she had acted for the improper purpose of protecting Ms. Cressman in not informing the Court of Appeal of the results of the PSU report, which exculpated the officers. The officers also claim that Mr. Armstrong acted unlawfully in breach of his duties, but the claim against him is not particularized.

[17] The Attorney General moved to strike the claim for failing to disclose a cause of action, arguing that the negligence and misfeasance claims were barred by prosecutorial immunity.

[18] The motions judge struck the negligence claim but allowed the misfeasance claim to proceed (2017

pour chacun des demandeurs à titre de dommages-intérêts majorés, exemplaires et punitifs. Ils affirment avoir subi un préjudice irréparable, notamment [TRANSDUCTION] « une atteinte à leur réputation et à leur crédibilité auprès de la magistrature, du bureau du procureur général, des avocats de la défense et de la population en général ».

[14] La demande fondée sur la négligence était basée sur les violations, par M^{es} Cressman, Armstrong et Alyea, de l’obligation de diligence qui incomberait aux procureurs de la Couronne envers les policiers enquêteurs dans leur façon de mener une poursuite.

[15] La demande fondée sur une faute dans l’exercice d’une charge publique repose sur l’affirmation suivant laquelle les poursuivants ont agi de manière illégitime et délibérée et qu’ils étaient conscients que leur conduite porterait atteinte à la réputation des policiers. Dans le cas de M^e Cressman, les policiers lui reprochent d’avoir agi de manière illégitime, notamment en ne vérifiant pas adéquatement la véracité des allégations d’agression, en ne faisant pas témoigner les policiers pour réfuter ce que ces derniers ont décrit comme des déclarations fausses et diffamatoires et en ne tenant pas compte des faits qui disculpaient les policiers ou en faisant preuve d’ignorance volontaire à l’égard de ces faits.

[16] Dans le cas de M^e Alyea, les policiers lui reprochent en outre d’avoir agi dans le but illicite de protéger M^e Cressman en ne portant pas à la connaissance de la Cour d’appel les conclusions du rapport d’enquête de l’UNP qui les disculpaient. Les policiers affirment également que M^e Armstrong a agi de manière illégale en violation de ses obligations; ils ne précisent cependant pas davantage ce qu’ils lui reprochent personnellement.

[17] Le procureur général a présenté une motion en radiation de la demande au motif qu’elle ne révèle pas de cause d’action, faisant valoir que les actions pour négligence et pour faute dans l’exercice d’une charge publique sont irrecevables en raison de l’immunité du poursuivant.

[18] Le juge des motions a radié la demande fondée sur la négligence, mais a autorisé l’exercice

ONSC 3683). He found that overriding policy concerns precluded the recognition of a duty of care owed by Crown attorneys to investigating police officers. On the other hand, he found that it was not “plain and obvious” that prosecutors were immune to misfeasance claims brought by police officers.

[19] The Attorney General appealed the decision to allow the misfeasance claim to go to trial, and the officers appealed the decision to strike the negligence claim. The Court of Appeal for Ontario dismissed both appeals (2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1).

[20] The Court of Appeal agreed with the motions judge’s decision to strike the negligence claim. It found that “based on Crown immunity principles, no claim lies against the Crown in negligence, whether it be simple or gross negligence”. Citing the Supreme Court’s “steadfast” rejection of negligence-based claims against Crown attorneys even in the context of claims brought by accused persons, it concluded that there is no reason to privilege claims brought by police officers. But it allowed the misfeasance claim to go to trial, finding that Crown attorneys are not immune from civil liability for misfeasance in public office.

[21] The Attorney General appealed to this Court on the misfeasance issue. The officers did not cross-appeal the striking of the negligence claim.

Analysis

[22] The elements and proper scope of the tort of misfeasance are not disputed in this appeal. A

du recours fondé sur la faute dans l’exercice d’une charge publique (2017 ONSC 3683). Il a estimé que des considérations d’intérêt public prépondérantes empêchent de reconnaître que les procureurs de la Couronne ont une obligation de diligence envers les policiers enquêteurs. En revanche, le juge a conclu qu’il n’est pas [TRADUCTION] « évident et manifeste » que les procureurs jouissent de l’immunité relativement à l’action intentée par des policiers pour faute commise dans l’exercice d’une charge publique.

[19] Le procureur général a fait appel de la décision autorisant l’exercice du recours pour faute dans l’exercice d’une charge publique, et les policiers ont interjeté appel de la radiation de l’action pour négligence. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté les deux appels (2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1).

[20] La Cour d’appel a souscrit à la décision du juge des motions de radier l’action fondée sur la négligence. Elle a conclu que [TRADUCTION] « compte tenu des principes qui sous-tendent l’immunité de la Couronne, celle-ci ne peut être poursuivie pour négligence, qu’il s’agisse d’une simple négligence ou d’une négligence grossière ». Citant le rejet « catégorique » par la Cour suprême des actions pour négligence intentées contre des procureurs de la Couronne, même de celles intentées par des accusés, la Cour d’appel a conclu qu’il n’y avait aucune raison de favoriser les recours intentés par des policiers. Elle a toutefois autorisé l’instruction de l’action pour faute dans l’exercice d’une charge publique, estimant que les procureurs de la Couronne ne bénéficiaient pas d’une immunité contre la responsabilité civile pour les fautes commises dans l’exercice d’une charge publique.

[21] Le procureur général se pourvoit devant la Cour sur la question de la faute dans l’exercice d’une charge publique. Les policiers n’ont pas formé de pourvoi incident pour contester la radiation de l’action pour négligence.

Analyse

[22] Les éléments constitutifs et la portée du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique ne

successful misfeasance claim requires the plaintiff to establish that the public official engaged in deliberate and unlawful conduct in his or her capacity as a public official, and that the official was aware that the conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 23, per Iacobucci J.).

[23] The unlawful conduct anchoring a misfeasance claim typically falls into one of three categories, namely an act in excess of the public official's powers, an exercise of a power for an improper purpose, or a breach of a statutory duty (*Odhavji*, at para. 24). The minimum requirement of subjective awareness has been described as "subjective recklessness" or "conscious disregard" for the lawfulness of the conduct and the consequences to the plaintiff (*Odhavji*, at paras. 25 and 29; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14 (C.A.), at para. 7; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), at pp. 194-95, per Lord Steyn).

[24] In this case, the misfeasance claim consists of two key allegations. The first is against Ms. Cressman for failing to take sufficient steps to investigate and rebut the claims of police brutality made by the accused in their stay applications. The officers plead that Ms. Cressman acted in deliberate disregard of her oath of office, incorporated in s. 8 of the *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49, to act "without favour or affection to any party". The second is that Ms. Alyea, the Crown in Mr. Singh's appeal, failed to inform the Court of Appeal of the results of the PSU report, thereby acting for the improper purpose of protecting Ms. Cressman.

sont pas contestés dans le présent pourvoi. Pour obtenir gain de cause dans son action pour faute dans l'exercice d'une charge publique, le demandeur doit démontrer que le fonctionnaire public a agi en cette qualité de manière illégitime et délibérée et qu'il était conscient du caractère illégitime de sa conduite et de la probabilité qu'elle cause un préjudice au demandeur (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 23, le juge Iacobucci).

[23] Les actes illégitimes qui donnent ouverture à une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique relèvent généralement de l'une de trois catégories, soit : lorsque l'acte outrepassé les pouvoirs conférés à la personne qui exerce une charge publique, lorsque le pouvoir est exercé à une fin irrégulière ou lorsqu'il y a manquement à une obligation prévue par la loi (*Odhavji*, par. 24). La condition minimale de la connaissance subjective exige que l'auteur de l'acte reproché ait fait preuve de « témérité subjective » ou « sciemment [d']insouciance » à l'égard de la légitimité de ses actes et de leurs conséquences pour le demandeur (*Odhavji*, par. 25 et 29; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14 (C.A.), par. 7; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), p. 194-195, le lord Steyn).

[24] En l'espèce, l'action pour faute dans l'exercice d'une charge publique comporte deux allégations principales. La première allégation vise M^e Cressman, à qui les policiers reprochent de ne pas avoir pris de mesures suffisantes pour enquêter sur les allégations de brutalité policière formulées par les accusés dans leur demande d'arrêt des procédures et pour réfuter ces allégations. Les policiers plaident que M^e Cressman a délibérément ignoré son serment d'entrée en fonction qui, selon l'art. 8 de la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, c. C.49, l'obligeait à agir « sans favoritisme ni partialité ». La seconde allégation concerne M^e Alyea, qui a agi comme procureure de la Couronne dans l'appel interjeté par M. Singh, à qui les policiers reprochent de ne pas avoir porté à la connaissance de la Cour d'appel les conclusions du rapport d'enquête de l'UNP, cherchant ainsi de façon illicite à protéger M^e Cressman.

[25] This is the first opportunity this Court has had to consider prosecutorial immunity in the context of claims against the Crown brought by police officers for prosecutorial conduct in the course of a criminal proceeding. Until *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, it was generally accepted that Crown prosecutors in Canada had absolute immunity from civil liability (see *Miazga v. Kvello Estate*, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 43, per Charron J.; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, at para. 104, per L’Heureux-Dubé J., dissenting; J. M. Law, “A Tale of Two Immunities: Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468, at p. 505; Lori Sterling and Heather Mackay, “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, at p. 183, fn. 51).

[26] Since *Nelles*, our judgments on prosecutorial liability have been underscored by a careful balancing between the policy consequences of exposing prosecutors to liability, versus the need to safeguard and vindicate the rights of the accused, who is uniquely vulnerable to the misuse of prosecutorial power.

[27] To date, the rights of accused persons to a fair trial have been critical in that balancing. In *Smith v. Ontario (Attorney General)* (2019), 147 O.R. (3d) 305 (C.A.), Tulloch J.A. reviewed our immunity jurisprudence and aptly captured the critical considerations running through the cases — the importance of vindicating the rights of the accused, and the use of high liability thresholds to militate against the policy consequences of liability:

The strong countervailing interest of the importance of providing the subject of a prosecution with an effective remedy led the Supreme Court to establish exceptions to prosecutorial immunity . . .

[25] C’est la première fois que la Cour a l’occasion d’examiner l’immunité du poursuivant dans le contexte d’une action intentée contre la Couronne par des policiers relativement à la conduite du poursuivant dans une instance criminelle. Jusqu’à l’arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, il était généralement admis que les procureurs de la Couronne jouissaient au Canada d’une immunité absolue en matière de responsabilité civile (voir *Miazga c. Kvello (Succession)*, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 43, la juge Charron; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 104, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente; J. M. Law, « A Tale of Two Immunities : Judicial and Prosecutorial Immunities in Canada » (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 468, p. 505; Lori Sterling et Heather Mackay, « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, p. 183, note 51).

[26] Depuis l’arrêt *Nelles*, nos décisions sur la responsabilité du poursuivant visent l’atteinte d’un équilibre prudent entre, d’une part, les conséquences pour l’intérêt public d’engager la responsabilité des poursuivants et, d’autre part, la nécessité de protéger et de défendre les droits de l’accusé, qui est particulièrement vulnérable face à un recours abusif au pouvoir de poursuivre.

[27] Jusqu’à présent, le droit des accusés à un procès équitable a joué un rôle prépondérant dans cette recherche d’équilibre. Dans l’arrêt *Smith c. Ontario (Attorney General)* (2019), 147 O.R. (3d) 305 (C.A.), le juge Tulloch a passé en revue notre jurisprudence en matière d’immunité et a bien saisi les facteurs essentiels qui s’en dégagent, en l’occurrence l’importance d’assurer la protection des droits de l’accusé et l’application de seuils de responsabilité rigoureux pour empêcher les conséquences pour l’intérêt public d’une reconnaissance de la responsabilité du poursuivant :

[TRADUCTION] L’intérêt concurrent considérable qu’est l’importance d’accorder une réparation efficace à la personne qui fait l’objet d’une poursuite a amené la Cour suprême à assortir le principe de l’immunité du poursuivant de certaines exceptions . . .

However, this powerful countervailing interest did not lead the Supreme Court to accept a negligence-based standard of liability, even for *Charter* breaches. [paras. 97-98]

[28] As Charron J. explained in *Miazga*, immunity advances “the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their *quasi-judicial* role as ‘ministers of justice’” (para. 47). The principles underlying immunity are the prosecutor’s constitutionally protected independence, the related risks to objective decision-making and a concern about diverting prosecutors from their public interest duties.

[29] Independence has been held to be “so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched” (*Miazga*, at para. 46). In *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, Iacobucci and Major JJ. explained:

It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions

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

. . . The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [paras. 30-32]

Ce puissant intérêt concurrent n’a toutefois pas amené la Cour suprême à reconnaître l’existence d’une norme de responsabilité fondée sur la négligence, même dans le cas d’une violation de la *Charte*. [par. 97-98]

[28] Ainsi que la juge Charron l’a expliqué dans l’arrêt *Miazga*, l’immunité protège « l’intérêt public [en permettant aux procureurs de la Couronne] de prendre des décisions discrétionnaires dans l’exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d’ingérence judiciaire ou politique et de s’acquitter ainsi de leur rôle *quasi* judiciaire de [TRA-DUCTION] “représentants de la justice” » (par. 47). Les raisons de principe qui justifient l’immunité sont l’indépendance du poursuivant, qui est consacrée par la Constitution, les risques pour la prise de décisions objectives et la crainte de distraire les poursuivants des obligations dont ils doivent s’acquitter dans l’intérêt public.

[29] L’indépendance est considérée comme « si essentielle à l’intégrité et à l’efficacité du système de justice criminelle qu’elle est consacrée par la Constitution » (*Miazga*, par. 46). Dans l’arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, les juges Iacobucci et Major expliquent :

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu’il supervise les décisions d’un procureur du ministère public

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

. . . La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [par. 30-32]

[30] In *Miazga*, Charron J. observed that “well-established public law principles relating to Crown independence and prosecutorial discretion” cannot be ignored in the context of private law prosecutorial liability (para. 5). The principle of independence is tied to the prosecutor’s obligation to make objective and fair decisions. That is why the jurisprudence has recognized that exposing prosecutors to civil liability may create a “chilling effect”, encouraging decision-making motivated by a desire to ward off the spectre of liability and obfuscating the prosecutor’s core duties to act objectively and independently in the interests of the integrity of the system and the rights of the accused.

[31] As LeBel J. explained in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 65, the “seminal concept of the Crown as ‘Minister of Justice’” derives from *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, in which Rand J. said:

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 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. [pp. 23-24]

[32] This means that the responsibility of the Crown includes the obligation to act objectively, independently and fairly toward the accused. These imperatives are “not confined to the courtroom and attac[h] to the Crown Attorney in all dealings in relation to an accused” more generally (*Regan*, at paras. 155-56, per Binnie J., dissenting). In *R. v. Cawthorne*, [2016] 1 S.C.R. 983, this Court recognized that an accused person has a constitutional right, as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, to be tried by a prosecutor who acts

[30] Dans l’arrêt *Miazga*, la juge Charron a fait observer qu’on ne peut faire abstraction, dans le contexte de la responsabilité du poursuivant en droit privé, des « principes de droit public reconnus que sont l’indépendance du ministère public et son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites pénales » (par. 5). Le principe de l’indépendance du poursuivant est indissociable de son devoir de prendre des décisions objectives et équitables. C’est la raison pour laquelle la jurisprudence reconnaît que le fait d’exposer le poursuivant à la responsabilité civile est susceptible de créer un « effet paralysant » et d’encourager la prise de décisions motivées par la volonté de conjurer le spectre de la responsabilité, ce qui risque d’occulter le devoir essentiel du poursuivant d’agir de façon objective et indépendante pour défendre l’intégrité du système et les droits de l’accusé.

[31] Ainsi que le juge LeBel l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 65, le « concept fondamental du rôle de “représentant de la justice” dévolu au ministère public » découle de l’arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, dans lequel le juge Rand déclarait ce qui suit :

[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. [. . .] Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte; il s’acquitte d’un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. [p. 23-24]

[32] En conséquence, la Couronne a notamment l’obligation d’agir de façon objective, indépendante et équitable envers l’accusé. Ces impératifs « ne se limite[nt] pas à la salle d’audience et [ils] lie[nt] le procureur de la Couronne dans toutes les mesures qu’il prend relativement à l’accusé » plus généralement (*Regan*, par. 155-156, le juge Binnie, dissident). Dans l’arrêt *R. c. Cawthorne*, [2016] 1 R.C.S. 983, la Cour a reconnu que l’accusé a le droit constitutionnel, en vertu d’un principe de justice fondamentale reconnu par l’art. 7 de la *Charte*, d’être jugé par un

independently of improper purposes (paras. 23-26, per McLachlin C.J.).

[33] The Attorney General and its agents are also required to act as protectors of the public interest in the discharge of their prosecutorial functions (*Cawthorne*, at para. 27). They act in “the interest of the community to see that justice is properly done” (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, per L’Heureux-Dubé J.). Their ultimate task “is to see that the public interest is served, in so far as it can be, through the use, or non-use, of the criminal courts” (*Regan*, at para. 159, per Binnie J., dissenting in the result, quoting *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (“Martin Report”), at p. 117 (emphasis deleted)).

[34] In *Nelles*, in the course of reviewing the common law authorities in favour of absolute immunity, Lamer J. explained that immunity “encourages public trust in the fairness and impartiality of those who act and exercise discretion in the bringing and conducting of criminal prosecution” and avoids a “chilling effect on the prosecutor’s exercise of discretion” arising from “the threat of personal liability for tortious conduct” (pp. 178-79, see also p. 199; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 214, at paras. 71 and 73, per Moldaver J.).

[35] *Nelles* was also the first case from this Court to acknowledge that prosecutorial immunity was not absolute, and could not protect the Crown from claims of malicious prosecution brought by an accused. Lamer J. expanded on the importance of allowing a wrongfully and maliciously accused person to advance a cause of action. Malicious prosecution requires the plaintiff to establish that the prosecutor acted with a demonstrable improper motive or purpose and that reasonable and probable grounds were objectively lacking (pp. 192-93). Absolute immunity would deprive a falsely accused person not only of a private right of action but also of the ability to seek a remedy for unconstitutional deprivations of liberty

poursuivant qui n’est pas motivé par des fins illégitimes (par. 23-26, la juge en chef McLachlin).

[33] Le procureur général et ses représentants ont également l’obligation de défendre l’intérêt public lorsqu’ils exercent leurs fonctions de poursuivants (*Cawthorne*, par. 27). Ils protègent « l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616, la juge L’Heureux Dubé). Leur tâche ultime « consiste à veiller à ce que l’intérêt public soit servi, dans toute la mesure du possible, par le recours ou l’absence de recours aux tribunaux criminels » (*Regan*, par. 159, le juge Binnie, dissident quant au résultat, citant le *Rapport du comité consultatif du procureur général sur le filtrage des accusations, la divulgation et les pourparlers de règlement* (1993) (« Rapport Martin »), p. 117 (soulignement omis)).

[34] Dans l’arrêt *Nelles*, au cours de son analyse des précédents de common law militant en faveur de l’immunité absolue, le juge Lamer a expliqué que l’immunité « favorise la confiance du public dans l’équité et l’impartialité de ceux qui agissent et qui exercent le pouvoir discrétionnaire d’intenter et de conduire des poursuites criminelles » et qu’elle permet d’éviter de « décourag[er] le poursuivant d’exercer son pouvoir discrétionnaire » en raison du « risque de voir engager sa responsabilité personnelle pour une conduite délictuelle » (p. 178-179, voir aussi p. 199; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 71 et 73, le juge Moldaver).

[35] L’arrêt *Nelles* est également la première décision dans laquelle la Cour a reconnu que l’immunité du poursuivant n’était pas absolue et qu’elle ne pouvait mettre la Couronne à l’abri d’une action pour poursuite abusive intentée par l’accusé. Le juge Lamer a insisté sur l’importance de permettre à la personne qui a été accusée à tort et abusivement de faire valoir ses droits en justice. Dans une action pour poursuite abusive, le demandeur doit démontrer que le poursuivant a manifestement agi pour un motif ou dans un but illégitime et qu’il n’avait objectivement aucun motif raisonnable et probable de le poursuivre (p. 192-193). En accordant au poursuivant l’immunité absolue, on priverait d’un droit d’action

and security of the person (pp. 195-96). It would be a “threat to the individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted” (p. 199). Moreover, public confidence in the administration of justice would suffer if “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” (p. 195).

[36] This Court’s subsequent decisions on malicious prosecution in *Proulx* and *Miazga* affirmed the policy considerations at play in *Nelles*. In *Proulx*, Iacobucci and Binnie JJ. stressed that:

Under our criminal justice system, prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions. Given the importance of this role to the administration of justice, courts should be very slow indeed to second-guess a prosecutor’s judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. *Nelles* affirmed unequivocally the public interest in setting the threshold for such liability very high, so as to deter all but the most serious claims against the prosecuting authorities, and to ensure that Crown liability is engaged in only the most exceptional circumstances. Against these vital considerations is the principle that the Ministry of the Attorney General and its 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. [Citation omitted; para. 4]

[37] Charron J., in *Miazga*, confirmed that the test for malicious prosecution strikes a “careful balancing” between the “right of individual citizens to be free from groundless criminal prosecutions and the public interest in the effective and uninhibited prosecution of criminal wrongdoing” (para. 52). She also

la personne faussement accusée et on l’empêcherait de demander une réparation pour les atteintes inconstitutionnelles portées à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne (p. 195-196). L’immunité absolue « menace[rait] les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement » (p. 199). De plus, la confiance du public envers l’administration de la justice serait compromise si « 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 » (p. 195).

[36] Dans les décisions subséquentes qu’elle a rendues au sujet de poursuites abusives dans les affaires *Proulx* et *Miazga*, la Cour a confirmé les considérations d’intérêt public qui étaient en jeu dans l’affaire *Nelles*. Dans l’arrêt *Proulx*, les juges Iacobucci et Binnie ont souligné ce qui suit :

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d’un vaste pouvoir discrétionnaire et d’un grand pouvoir décisionnel dans l’exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l’importance de ce rôle pour l’administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu’ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L’arrêt *Nelles* a confirmé sans équivoque qu’il était dans l’intérêt public que le seuil de cette responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. 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. [Référence omise; par. 4]

[37] Dans l’arrêt *Miazga*, la juge Charron a confirmé que le test applicable en matière de poursuites abusives permet l’atteinte d’un « juste équilibre » entre « le droit individuel à la protection contre les poursuites criminelles injustifiées et l’intérêt public résidant dans la poursuite effective et sans

emphasized the importance of proving a demonstrable improper purpose or motive, which cannot be inferred from an absence of reasonable and probable grounds alone. The plaintiff must demonstrate “that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice” (para. 89). Finally, Charron J. confirmed that the inquiry into reasonable and probable grounds is purely objective. If “objective reasonable grounds did in fact exist at the relevant time, it cannot be said that the criminal process was wrongfully invoked”, regardless of the prosecutor’s subjective belief (para. 73). This serves as a basis on which meritless claims can be struck before trial (*Miazga*, at para. 74; *Nelles*, at p. 197).

[38] This Court’s most recent opportunity to consider the limits of prosecutorial immunity arose in *Henry*, where it affirmed that immunity could not protect a prosecutor from claims of wrongful non-disclosure by an accused. Ivan Henry had been convicted of sexual offences and imprisoned for nearly 27 years before the British Columbia Court of Appeal quashed his convictions and acquitted him of all charges. He brought a civil suit against the Attorney General for *Charter* damages arising from the Crown prosecutor’s failure to disclose exculpatory evidence. The importance of displacing immunity to allow for an accused to vindicate his *Charter* rights was uncontested, and the question turned exclusively on the threshold to be applied. Moldaver J. held that liability will be triggered when the Crown

in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the

entrave des criminels » (par. 52). Elle a également insisté sur l’importance de démontrer que le but recherché par le poursuivant était illégitime, ce qui ne peut être inféré de la seule absence de motifs raisonnables et probables. Le demandeur doit démontrer que « le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général » (par. 89). Enfin, la juge Charron a confirmé que l’analyse relative à l’existence de motifs raisonnables et probables était purement objective. S’il « existait de fait des motifs raisonnables objectifs au moment considéré, on ne peut dire qu’il y a eu enclenchement abusif du processus criminel », et ce, indépendamment de la croyance subjective du poursuivant quant à l’existence de motifs suffisants (par. 73). Les demandes non fondées peuvent, pour cette raison, être déclarées irrecevables avant même le procès (*Miazga*, par. 74; *Nelles*, p. 197).

[38] La dernière occasion qu’a eue la Cour d’examiner les limites de l’immunité du poursuivant s’est présentée dans l’affaire *Henry*, dans laquelle elle a confirmé que l’immunité ne peut protéger le poursuivant contre l’allégation de non-communication injustifiée dont il fait l’objet de la part de l’accusé. Ivan Henry avait été reconnu coupable d’infractions sexuelles et avait été incarcéré pendant près de 27 ans avant que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique annule ses déclarations de culpabilité et l’acquitte de toutes les accusations portées contre lui. Monsieur Henry a intenté un procès civil contre le procureur général dans lequel il réclamait, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour défaut injustifié du procureur de la Couronne de communiquer des éléments de preuve disculpatoires. L’importance de lever l’immunité pour permettre à l’accusé de faire valoir les droits qui lui sont reconnus par la *Charte* n’était pas contestée et le débat portait exclusivement sur la norme applicable. Le juge Moldaver a déclaré que la responsabilité de la Couronne était engagée

lorsqu’en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public [. . .] a causé un préjudice [à l’accusé] en retenant délibérément des renseignements alors qu’il savait, ou qu’il aurait raisonnablement dû savoir, que ces

failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. [para. 31]

As in claims of malicious prosecution, the rights of the accused were central.

[39] As this brief history of this Court's evolutionary approach to prosecutorial immunity demonstrates, the overriding and compelling justification for restricting immunity is based on fairness to the accused, leading to a greater willingness on the part of courts to scrutinize prosecutorial decisions affecting the rights of the accused (The Honourable Marc Rosenberg, "The Attorney General and the Administration of Criminal Justice" (2009), 34 *Queen's L.J.* 813; see also Michael Code, "Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg" (2009), 34 *Queen's L.J.* 863).

[40] The question before us, then, in light of the accused-centered policy thread woven through the authorities, is whether we should further encroach on prosecutorial immunity to allow police officers to sue the Crown in misfeasance for decisions prosecutors make in the course of criminal proceedings. In my view, allowing police officers to initiate such causes of action would raise profound risks to the rights of the accused and to prosecutorial independence and objectivity, and it would undermine the integrity of the criminal justice system.

[41] One of the critical dimensions of a prosecutor's independence that is protected by immunity is, in fact, independence from the police. The police role is to investigate crime. The Crown prosecutor's role, on the other hand, is to assess whether a prosecution is in the public interest and, if so, to carry out that prosecution in accordance with the prosecutor's duties to the administration of justice and the accused. Police and Crown prosecutors are expected to "act according to their distinct roles in the process, investigating allegations of criminal

renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. [par. 31]

Comme dans les actions pour poursuites abusives, les droits de l'accusé revêtaient une importance capitale.

[39] Comme l'illustre ce bref rappel de la démarche évolutive adoptée par la Cour en matière d'immunité du poursuivant, la raison principale et primordiale qui justifie de la limiter réside dans l'importance de faire preuve d'équité envers l'accusé, ce qui incite les tribunaux à être davantage disposés à examiner les décisions en matière de poursuites qui ont une incidence sur les droits de l'accusé (l'honorable Marc Rosenberg, « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen's L.J.* 813; voir aussi Michael Code, « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen's L.J.* 863).

[40] Ainsi, la question dont nous sommes saisis, à la lumière des principes centrés sur l'accusé qui se dégagent de la jurisprudence, est celle de savoir si nous devrions restreindre encore plus l'immunité du poursuivant pour permettre à des policiers de poursuivre la Couronne pour faute commise dans l'exercice d'une charge publique en raison des décisions prises par des poursuivants au cours de poursuites criminelles. À mon avis, permettre aux policiers d'engager de telles poursuites compromettrait profondément les droits de l'accusé ainsi que l'indépendance et l'objectivité du poursuivant et porterait atteinte à l'intégrité du système de justice criminel.

[41] Une des dimensions essentielles de l'indépendance du poursuivant que protège le principe de l'immunité est, en fait, son indépendance vis-à-vis de la police. Cette dernière a pour rôle d'enquêter sur les crimes. Le rôle du procureur de la Couronne consiste, en revanche, à déterminer si une poursuite est dans l'intérêt public et, si oui, à mener cette poursuite en respectant ses obligations envers l'administration de la justice et l'accusé. Tous s'attendent à ce que la police et les procureurs de la Couronne « agissent conformément à leurs rôles respectifs dans

behaviour, and assessing the public interest in prosecuting, respectively” (*Regan*, at para. 87; see also *Smith*, at para. 72).

[42] In *Regan*, this Court emphasized the importance to the administration of justice of prosecutorial independence *from* the police. The issue in *Regan* concerned prosecutorial involvement in the pre-charge stage of an investigation. Ultimately, LeBel J. held for the majority that Crown involvement in pre-charge interviews did not constitute a *per se* abuse of process. He observed, however, that the “need for a separation between police and Crown functions has been reiterated in reports inquiring into miscarriages of justice which have sent innocent men to jail” (para. 66).

[43] Most pertinently, he concluded that “Crown objectivity and the separation of Crown from police functions are elements of the judicial process which must be safeguarded” (para. 70). This sentiment was echoed by Binnie J., when he said:

... Crown prosecutors must retain objectivity in their review of charges laid by the police, or their pre-charge involvement, and retain both the substance and appearance of even-handed independence from the police investigative role. This is the Crown Attorney’s “Minister of Justice” function and its high standards are amply supported in the cases . . . [para. 137, dissenting on other grounds]

[44] The importance of prosecutorial objectivity in the review of charges laid by the police is driven by the fact that “prosecutors provide the initial checks and balances to the power of the police”. They act as a “buffer between the police and the citizen” in deciding how to proceed once a charge has been laid (paras. 159-60, per Binnie J.). Independent prosecutorial review of the police’s investigative process and

le processus, la première procédant aux enquêtes sur des allégations de comportement criminel et le[s] deuxième[s] à l’appréciation de l’intérêt public à ce que des poursuites soient engagées » (*Regan*, par. 87; voir aussi *Smith*, par. 72).

[42] Dans l’arrêt *Regan*, la Cour a insisté sur l’importance, pour l’administration de la justice, de l’indépendance du poursuivant *vis-à-vis de* la police. Dans cette affaire, le débat portait sur le rôle qu’avait joué la poursuite à l’étape de l’enquête précédant l’inculpation. En fin de compte, le juge LeBel a conclu, au nom des juges majoritaires, que la participation de la Couronne aux entrevues préinculpation n’avait pas constitué en soi un abus de procédure. Il a toutefois fait observer que « [l]a nécessité d’une séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public a été réaffirmée à nombre d’occasions dans des rapports d’enquêtes sur des erreurs judiciaires qui ont entraîné l’emprisonnement d’innocents » (par. 66).

[43] Sa conclusion la plus pertinente était que « l’objectivité du ministère public et la séparation entre les fonctions du ministère public et celles de la police sont des éléments du processus judiciaire qu’il faut protéger » (par. 70). Ce point de vue a été repris par le juge Binnie, qui a déclaré :

... les procureurs de la Couronne doivent demeurer objectifs dans leur examen des accusations portées par la police, ou dans leur participation à l’étape antérieure à l’inculpation, et [. . .] ils doivent conserver, en réalité comme en apparence, une indépendance impartiale par rapport au rôle d’enquête de la police. C’est là la fonction de « représentant de la justice » du procureur de la Couronne, à laquelle s’appliquent des normes élevées amplement reconnues par la jurisprudence . . . [par. 137, dissident pour d’autres motifs]

[44] L’importance de l’objectivité dont doivent faire preuve les poursuivants lorsqu’ils examinent les accusations portées par la police s’explique par le fait que les « procureurs de la Couronne fournissent les premiers freins et contrepoids au pouvoir de la police ». Ils servent de « tampon entre la police et le citoyen » pour décider de la suite à donner une fois que des accusations ont été portées (par. 159-160, le

decisions helps “ensure that both investigations and prosecutions are conducted more thoroughly, and thus more fairly” (para. 160, per Binnie J., quoting the Martin Report, at p. 39).

[45] In *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, the Court made it clear that prosecutorial independence from police is not a one way street. The police “have a particular role to play in the criminal justice system . . . and it is important that they remain independent of the executive branch”. Accordingly, the relationship between prosecutors and the police is not a “hierarchical” one. In discharging their respective duties, both the police and the prosecutor have a “discretion that must be exercised independently of any outside influence” (para. 48). Cooperation is encouraged, but independence is mandatory.

[46] In *Smith*, Tulloch J.A. characterized the relationship between the prosecutor and the police as one of “mutual independence”, which “provides a safeguard against the misuse of both investigative and prosecutorial powers and can ensure that both investigations and prosecutions are conducted more thoroughly and fairly” (para. 86, citing the Martin Report, at p. 39).

[47] Making prosecutors liable to police officers for misfeasance is fundamentally incompatible with this “mutually independent” relationship. Prosecutors do not owe specific legal duties to the police with respect to how they carry out a prosecution. To use misfeasance to get around this reality would be to permit a police officer to take a prosecutor to court to challenge the prosecutor’s compliance with his or her *public duties* (*Odhavji*, at para. 29). Such a relationship of legal accountability between the prosecutor and the police is irreconcilable with their critically “separate and distinct” roles (*Smith*, at para. 65).

juge Binnie). Le contrôle indépendant, par la poursuite, de l’enquête menée par les policiers et de leurs décisions permet de « faire en sorte que les enquêtes comme les poursuites sont effectuées de façon plus complète et, partant, plus équitable » (par. 160, le juge Binnie, citant le Rapport Martin, p. 39).

[45] Dans l’arrêt *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, la Cour a bien précisé que l’indépendance dont jouit la poursuite vis-à-vis de la police n’est pas à sens unique. Le policier « joue un rôle qui lui est propre dans le système de justice pénale [. . .] et il importe qu’il demeure indépendant du pouvoir exécutif ». Les rapports qui existent entre les poursuivants et la police ne sont donc pas « hiérarchiques ». Dans l’accomplissement de leurs fonctions respectives, les policiers et les poursuivants « jouissent d’un pouvoir discrétionnaire qu’ils doivent exercer indépendamment de toute influence externe » (par. 48). La collaboration est encouragée, mais l’indépendance est obligatoire.

[46] Dans l’arrêt *Smith*, le juge d’appel Tulloch a qualifié les rapports qui existent entre le poursuivant et la police de relation [TRADUCTION] « [d’] indépendance mutuelle » qui « offre une protection contre l’abus de pouvoir de la part tant des enquêteurs que des poursuivants et qui est susceptible de garantir que tant les enquêtes que les poursuites sont menées de façon plus rigoureuse et équitable » (par. 86, citant le Rapport Martin, p. 39).

[47] Obliger les poursuivants à rendre compte aux policiers des fautes qu’ils commettent dans l’exercice de leur charge publique est fondamentalement incompatible avec l’existence de rapports « mutuellement indépendants ». Les poursuivants n’ont pas d’obligation légale précise envers la police en ce qui concerne la façon dont ils mènent une poursuite. Recourir à des allégations de faute dans l’exercice d’une charge publique pour contourner cette réalité permettrait à un policier de poursuivre un procureur de la Couronne en justice pour son présumé non-respect des devoirs de sa charge *publique* (*Odhavji*, par. 29). Une telle relation entre le poursuivant et la police fondée sur une obligation légale de rendre des comptes est inconciliable avec le [TRADUCTION] « rôle séparé et distinct » de chacun d’entre eux (*Smith*, par. 65).

[48] The problem is not merely theoretical. As previously noted, the courts' increased willingness to take a more active role in scrutinizing decisions of the Attorney General and its agents, including through the exceptions to prosecutorial immunity, has been driven by the realization that failing to provide appropriate checks and balances on Crown conduct, including the relationship with the police, can lead to gross injustices, including wrongful convictions.

[49] We have seen deplorable examples of injustice when the roles are integrated. The Report of the Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution concluded that a distinct boundary between the function of the police and the Crown is essential to the proper administration of justice (*Regan*, at para. 66, citing *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 232). And in the 1998 Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, the Commissioner concluded that the Crown's failure to maintain objectivity throughout the process, which contributed to Morin's wrongful conviction, was caused in part by too close contact with the police:

The prosecutors showed little or no introspection about these contaminating influences upon witnesses for two reasons: one, the evidence favoured the prosecution; this coloured their objectivity; two, their relationship with the police which, at times, blinded them, and prevented them from objectively and accurately assessing the reliability of the police officers who testified for the prosecution.

(*The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), vol. 2, at p. 911, cited in *Regan*, at para. 69.)

[50] This reality was reinforced by the Court of Appeal in this case in its duty of care analysis rejecting the officers' negligence claim. The court recognized that imposing a duty of care on Crown prosecutors toward investigating police officers could interfere with the prosecutors' ability to act

[48] La question n'est pas purement théorique. Comme je l'ai déjà souligné, le fait que les tribunaux sont de plus en plus disposés à intervenir plus activement pour examiner les décisions prises par le procureur général et ses représentants, notamment par le jeu des exceptions à l'immunité du poursuivant, a été motivé par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en ne soumettant pas la conduite de la Couronne à des mécanismes de contrôle adéquats, y compris en ce qui concerne ses rapports avec la police, on risquait d'assister à des injustices flagrantes, sous forme notamment de déclarations de culpabilité injustifiées.

[49] On a assisté à des injustices déplorables lorsque ces rôles ont été intégrés. Le rapport de la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution a conclu que la séparation des fonctions de la police de celles de la Couronne était essentielle à la bonne administration de la justice (*Regan*, par. 66, citant les *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), p. 232). En outre, en 1998, dans le Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin, le commissaire a conclu que le manque d'objectivité de la Couronne du début à la fin du processus par suite notamment d'un contact trop étroit entre le poursuivant et la police avait contribué à la condamnation injustifiée de M. Morin :

Les procureurs ont fait preuve d'un piètre jugement quant à la question des influences contaminantes pour les témoins : premièrement, la preuve favorisait la poursuite, ce qui fausse leur objectivité; deuxièmement, leurs rapports avec la police qui, à certains moments, les empêchait d'y voir clair et d'évaluer avec objectivité et précision la fiabilité des agents qui témoignaient pour la poursuite.

(*Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), vol. 2, p. 911, cité dans *Regan*, par. 69)

[50] La Cour d'appel a rappelé cette réalité en l'espèce dans son analyse de l'obligation de diligence à l'issue de laquelle elle a rejeté la demande des policiers fondée sur la négligence. La cour a reconnu que le fait d'imposer une obligation de diligence aux procureurs de la Couronne envers les policiers

independently of police interests. It would “encourage Crown attorneys to focus on extraneous factors during the course of a prosecution” and “have a deleterious effect on the administration of justice by undermining the public’s faith in the integrity of independent Crown decision-making” (paras. 87-88).

[51] It would “tend to distort principled decision-making”, which the court explained as follows:

The decision of Crown attorneys to initiate, continue, or terminate a prosecution should be based on whether there is a reasonable prospect of conviction and whether the prosecution is in the public interest. The possibility of civil claims by the police would distort these venerable twin duties. It would have a deleterious effect on the administration of justice by undermining the public’s faith in the integrity of independent Crown decision-making. Moreover, exposing Crown attorneys to negligence claims by the police may result in prolonged court proceedings in which Crown attorneys make untenable prosecutorial decisions on *Charter* motions for fear of being sued. It would encourage the litigation of collateral issues, which does not sit well with the realities of finite criminal justice resources and the pressures of firm constitutional time constraints. [Citation omitted; para. 88]

[52] The motions judge similarly recognized the risks to the prosecutors’ integrity and independence if they were exposed to negligence claims from police officers:

An expansion of the responsibilities of Crown Attorneys to include such a duty could result in cases proceeding to trial merely to resolve the concerns of the police. It would alter what should be a co-operative relationship between the police and Crown Attorneys into a potentially adversarial one, in which police would become not just investigators and witnesses, but also litigants with a stake

chargés de l’enquête risquait de nuire à la capacité des poursuivants d’agir de façon indépendante, sans avoir à tenir compte des intérêts des policiers. Selon la cour, imposer une telle obligation [TRADUCTION] « incite[rait] les procureurs de la Couronne à se concentrer sur des facteurs étrangers au cours de la poursuite » et « a[urait] un effet délétère sur l’administration de la justice en sapant la confiance du public envers l’intégrité du processus décisionnel indépendant de la Couronne » (par. 87-88).

[51] Cela [TRADUCTION] « aurait tendance à fausser la prise de décisions fondée sur des principes » pour les raisons suivantes invoquées par la cour :

[TRADUCTION] La décision des procureurs de la Couronne d’entamer une poursuite, de la continuer et d’y mettre fin devrait être fondée sur l’existence d’une possibilité raisonnable de condamnation et sur le fait que la poursuite est dans l’intérêt public. La possibilité pour les policiers d’intenter des actions au civil fausserait ce vénérable double rôle. Elle aurait un effet délétère sur l’administration de la justice en sapant la confiance du public envers l’intégrité du processus décisionnel indépendant de la Couronne. De plus, exposer les procureurs de la Couronne à des actions pour négligence intentées par la police risquerait de faire traîner en longueur des instances judiciaires dans lesquelles les procureurs de la Couronne prendraient des décisions contestables en matière de poursuite en réponse à des requêtes fondées sur la *Charte* par crainte d’être poursuivis. Elle encouragerait l’examen par les tribunaux de questions accessoires, ce qui cadre mal avec les contraintes avec lesquelles doivent composer les tribunaux pénaux, qui disposent de ressources limitées et qui subissent des pressions pour respecter les délais rigoureux imposés par la Constitution. [référence omise; par. 88]

[52] Le juge des motions a également reconnu les risques pour leur intégrité et leur indépendance que courraient les poursuivants s’ils étaient exposés à des actions pour négligence de la part de policiers :

[TRADUCTION] Alourdir ainsi les obligations des procureurs de la Couronne en ajoutant ce devoir pourrait avoir pour conséquence que des affaires soient instruites uniquement pour répondre aux préoccupations des policiers. On transformerait ainsi ce qui devrait être une relation de coopération entre la police et les procureurs de la Couronne en des rapports potentiellement antagonistes dans lesquels

in the outcome, as well as potential claimants against the Crown Attorneys. The potential for conflict and disruption to the relationship is apparent. [para. 135]

[53] These policy concerns are no less critical when considering whether prosecutorial immunity should yield to misfeasance claims against a prosecutor by investigating police officers. Being at risk of civil liability for reputational harm to police officers means considering irrelevant considerations and risking independence and objectivity, the core of the prosecutor's role. Police suing prosecutors for decisions they make in the course of a criminal prosecution is a recipe for putting prosecutors in conflict with their duty to protect the integrity of the process and the rights of the accused.

[54] In this case, for example, after consulting with a senior Crown attorney, the trial Crown exercised her professional judgment not to call any evidence on the hearing of Mr. Singh's stay application, and to concede the assault allegations made by Mr. Maharaj. Requiring her to take into account the concerns of the police officers would have improperly incorporated policing objectives into her decision making, changing the dynamic and focus of the prosecution. The accused's constitutionally protected rights and the public interest in the efficient administration of justice could potentially be made to defer to prosecutorial anxiety over whether police interests have been sufficiently taken into account.

[55] With respect to the appeal Crown, the main concern of the officers was that she wrongfully "suppressed" the PSU report from the Court of Appeal in order to protect Ms. Cressman. The transcript of the appeal hearing, however, reveals no suppression.

les policiers agiraient non seulement comme enquêteurs et témoins, mais aussi comme plaideurs ayant un intérêt dans l'issue du procès et comme éventuels auteurs de demandes visant les procureurs de la Couronne. Le risque de conflits et de perturbation des rapports existants est évident. [par. 135]

[53] Ces considérations d'intérêt public ne sont pas moins importantes lorsqu'il s'agit de déterminer si l'immunité du poursuivant devrait céder le pas pour permettre aux policiers enquêteurs d'intenter une action contre un poursuivant pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Si le poursuivant risquait d'engager sa responsabilité civile pour atteinte à la réputation de policiers, cela impliquerait qu'il tiendrait compte de facteurs non pertinents ce qui compromettrait son objectivité et son indépendance, qui sont au cœur du rôle qui lui est confié. Permettre aux policiers de poursuivre des procureurs de la Couronne au sujet des décisions prises par ces derniers au cours d'un procès criminel est une recette pour placer les poursuivants dans une situation de conflit d'intérêts face à leur devoir de protéger l'intégrité du processus et les droits de l'accusé.

[54] En l'espèce, par exemple, après avoir consulté le procureur principal de la Couronne, la procureure de la Couronne au procès a exercé son jugement professionnel en décidant de ne pas présenter de preuve lors de l'examen de la demande d'arrêt des procédures de M. Singh et d'admettre les allégations d'agression formulées par M. Maharaj. L'obliger à tenir compte des questions soulevées par les policiers l'aurait amenée à tenir irrégulièrement compte des objectifs poursuivis par les policiers avant de prendre sa décision, changeant ainsi la dynamique et la raison d'être de la poursuite. Les droits garantis par la Constitution à l'accusé et l'intérêt public envers une administration de la justice efficace risqueraient ainsi d'être occultés par l'anxiété que susciterait chez le poursuivant la question de savoir s'il a suffisamment tenu compte des intérêts de la police.

[55] En ce qui concerne la procureure de la Couronne en appel, le principal reproche que lui adressent les policiers est celui d'avoir [TRADUCTION] « empêché » à tort la Cour d'appel de prendre connaissance du rapport de l'UNP dans le but de

In response to a question from the bench, Ms. Alyea did tell the court that a review was conducted by the Toronto Police Services and that she was not aware of any resulting disciplinary action against the police officers. She offered to provide the court with a copy of the report, but the court did not feel that it was necessary to do so. It is hard to see how this could be characterized as wrongdoing, or even an error in professional judgment.

[56] Beyond the risk of actual conflict between the prosecutors' core duties and their risk of liability to the police, the appearance of such a conflict would be equally damaging to the integrity of the administration of justice. As the joint interveners the Canadian Association of Crown Counsel and the Ontario Crown Attorneys' Association put it, permitting police lawsuits against Crown prosecutors would suggest to the public and to accused persons that police were "policing prosecutions" through the use of private law, imperiling public confidence in the independent and objective ability of prosecutors to conduct fair trials.

[57] This stands in stark contrast to the public interest in making prosecutors accountable for malicious prosecution, such as in *Nelles*, where Lamer J. recognized that public confidence in the system would be damaged if a prosecutor, "in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct", were shielded from liability *to the accused* when he "abuses the process through a malicious prosecution" (p. 195). Here, the public interest argues against, not in favour of piercing prosecutorial immunity.

[58] Claims brought by the police against prosecutors risk not only the independence and objectivity of the prosecutor, but the accused person's fair trial rights. Those obligations to the accused are

protéger M^e Cressman. La transcription sténographique de l'audience de la Cour d'appel ne révèle toutefois rien de tel. En réponse à une question du tribunal, M^e Alyea a effectivement répondu que le Service de police de Toronto avait examiné la question et que, à sa connaissance, aucune mesure disciplinaire n'avait été prise contre les policiers à la suite de cet examen. Elle a offert au tribunal de lui soumettre une copie du rapport, ce que le tribunal n'a pas jugé nécessaire. On voit mal comment on pourrait qualifier ces agissements de répréhensibles, ou même d'erreur de jugement professionnel.

[56] Au-delà du risque de conflit réel entre les devoirs fondamentaux des poursuivants et le risque qu'ils courent de devoir rendre des comptes à la police, l'apparence d'un tel conflit serait tout aussi néfaste pour l'intégrité de l'administration de la justice. Ainsi que les intervenantes conjointes l'Association canadienne des juristes de l'État et l'Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario l'ont expliqué, permettre aux policiers d'intenter un procès contre les procureurs de la Couronne donnerait à penser au public et aux accusés que la police [TRADUCTION] « exerce un contrôle sur les poursuites » par le truchement du droit privé, ce qui ébranlerait la confiance du public en la capacité indépendante et objective des poursuivants de mener des procès équitables.

[57] Ces risques contrastent nettement avec l'intérêt public à ce que les poursuivants soient tenus responsables en cas de poursuites abusives, comme c'était le cas dans l'affaire *Nelles*, dans laquelle le juge Lamer a reconnu que la confiance du public dans le système serait minée si le poursuivant « qui est en mesure de connaître l'impact constitutionnel et juridique de sa conduite » était mis à l'abri de la responsabilité civile *envers l'accusé* quand il « abuse du processus en engageant des poursuites abusives » (p. 195). En l'espèce, l'intérêt public milite contre — et non en faveur — de la levée de l'immunité du poursuivant.

[58] Les actions intentées par la police contre des poursuivants risqueraient non seulement de compromettre l'indépendance et l'objectivité du poursuivant, mais également le droit de l'accusé à un procès

jeopardized by accountability to the police whose interests are adverse to those of the accused. As Moldaver J. noted in *Henry*:

The public interest is undermined when prosecutorial decision-making is influenced by considerations extraneous to the Crown's role as a quasi-judicial officer. [para. 73]

[59] The police certainly have a legitimate expectation and interest in their reputations not being unfairly impaired. But the solution cannot be to make prosecutors accountable to them in a way that obliterates the independence between the police and prosecutors and is inconsistent with the Crown's core public duties to the administration of justice and to the accused.

[60] The same holds true for third parties in general. Liability to third parties can be expected to raise the "chilling" concerns for prosecutors and distracting them from their public duty to promote the administration of justice. On the other hand, as previously noted, our immunity cases have recognized the particular need for remedies to protect accused persons, a concern that is lessened for third parties. In almost all cases of third-party claimants, the balance of these factors will tilt toward immunity.

[61] Piercing the immunity of Crown prosecutors to make them accountable to police officers puts them in perpetual potential conflict with their transcendent public duties of objectivity, independence and integrity in pursuit of ensuring a fair trial for the accused and maintaining public confidence in the administration of justice. Since prosecutorial immunity is preserved in these circumstances, it is "plain and obvious" that the officers' misfeasance claim would not succeed.

équitable. Les devoirs du poursuivant envers l'accusé seraient mis en péril si sa responsabilité était engagée envers des policiers dont les intérêts sont contraires à ceux de l'accusé. Ainsi que le juge Moldaver l'a fait observer dans l'arrêt *Henry* :

L'intérêt public est compromis lorsque la prise de décisions en matière de poursuites est influencée par des considérations étrangères au rôle du poursuivant en tant qu'officier quasi judiciaire. [par. 73]

[59] Les policiers ont certainement des attentes et des intérêts légitimes à ce que leur réputation ne soit pas injustement entachée. Mais, la solution ne saurait consister à obliger les poursuivants à leur rendre des comptes d'une manière qui ferait disparaître l'indépendance entre la police et les poursuivants et qui serait inconciliable avec les devoirs publics fondamentaux de la Couronne envers l'administration de la justice et les accusés.

[60] Il en va de même des tiers en général. On peut s'attendre à ce que la responsabilité à l'égard des tiers suscite des préoccupations « paralysantes » chez les poursuivants et les détourne de leur devoir public de promouvoir l'administration de la justice. Par ailleurs, comme je l'ai déjà souligné, nos arrêts sur l'immunité ont reconnu le besoin particulier qu'existent des mesures de réparations pour protéger les accusés, une préoccupation moindre à l'endroit des tiers. Dans pratiquement toutes les causes où un tiers est demandeur, l'équilibre à atteindre au vu de ces facteurs fera pencher la balance en faveur de l'immunité.

[61] Lever l'immunité du poursuivant pour l'obliger à rendre compte de ses actes à la police le placerait dans une situation perpétuelle d'éventuel conflit d'intérêts face aux devoirs supérieurs qui lui sont imposés par sa charge publique et qui l'obligent à faire preuve d'objectivité, d'indépendance et d'intégrité afin d'assurer un procès équitable à l'accusé et de maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. Comme l'immunité du poursuivant est protégée en pareil cas, il est « évident et manifeste » que l'action intentée par les policiers pour faute dans l'exercice d'une charge publique serait vouée à l'échec.

[62] I would allow the appeal and grant the Attorney General’s motion to strike the officers’ claim, with costs.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	63
II. <u>Context</u>	68
III. <u>Decisions Below</u>	109
A. <i>Ontario Superior Court of Justice, 2017 ONSC 3683 (Stinson J.)</i>	109
B. <i>Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (Lauwers, Huscrossft and Trotter J.J.A.)</i>	111
IV. <u>Issues</u>	113
V. <u>Analysis</u>	114
A. <i>Introduction</i>	114
B. <i>Policy Considerations</i>	125
(1) <u>Core Prosecutorial Discretion</u>	126
(2) <u>Significance of the Interests at Stake</u>	132
(3) <u>Lack of Meaningful Alternative Remedies and Accountability Mechanisms</u>	140
(4) <u>Public Confidence in the Office of Prosecutor and in the Police</u>	148
C. <i>Liability Threshold for Misfeasance in Public Office</i>	159
D. <i>Application</i>	167
VI. <u>Conclusion</u>	173

[62] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de faire droit à la motion présentée par le procureur général en radiation de l’action des policiers, avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	63
II. <u>Contexte</u>	68
III. <u>Décisions des juridictions d’instances inférieures</u>	109
A. <i>Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2017 ONSC 3683 (le juge Stinson)</i>	109
B. <i>Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter)</i>	111
IV. <u>Questions en litige</u>	113
V. <u>Analyse</u>	114
A. <i>Introduction</i>	114
B. <i>Considérations d’intérêt public</i>	125
(1) <u>Pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites</u>	126
(2) <u>Importance des intérêts en jeu</u>	132
(3) <u>Absence d’autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs</u>	140
(4) <u>Confiance du public dans la fonction de poursuivant et la police</u>	148
C. <i>Seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l’exercice d’une charge publique</i>	159
D. <i>Application</i>	167
VI. <u>Conclusion</u>	173

I. Overview

[63] The rule of law requires equality before the law. In the seminal case of *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, our Court enforced this principle against the head of a provincial government — a premier. The Court held him liable for damages, his conduct having been characterized as malicious by Justice Rand in his leading opinion in that case (p. 141). *Roncarelli* is emblematic of a conception of the rule of law that is incompatible with absolute immunities. As this conception of the rule of law took hold in the second half of the 20th century, judges and legislators began to view absolute immunities with suspicion and to gradually erode them. Prosecutorial immunity is one example of this. So far, this Court has recognized two exceptions to prosecutorial immunity in favour of accused persons: the torts of malicious prosecution and wrongful non-disclosure. Yet to this day, prosecutors still have absolute immunity from claims brought by third parties to criminal proceedings.

[64] The respondent police officers submit that this immunity does not apply to their claims for misfeasance in public office and that their claims should be allowed to go forward. They allege that they have suffered harm to their careers, reputations and mental health as a result of prosecutorial misconduct, which led to judicial findings of police brutality and torture being made against them. Their case cries out for a remedy. After having a hand in this wreck, the judiciary cannot stand idly by and tell the respondents to seek vindication elsewhere. To do so would bring the administration of justice into disrepute.

[65] Like the courts below, I am of the view that prosecutorial immunity does not apply in this case. Policy considerations such as the tactical nature of the decisions involved, the significance of the interests at stake, the lack of meaningful alternative remedies and accountability mechanisms, and public

I. Aperçu

[63] La primauté du droit commande l'égalité devant la loi. Dans l'arrêt de principe *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, la Cour a appliqué ce principe à l'égard du chef d'un gouvernement provincial — un premier ministre. La Cour l'a condamné à des dommages-intérêts, sa conduite ayant été décrite comme malveillante par le juge Rand dont les motifs rédigés dans cette affaire font autorité (p. 141). L'arrêt *Roncarelli* est emblématique d'une conception de la primauté du droit qui est incompatible avec les immunités absolues. Alors que cette conception de la primauté du droit s'implantait au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, les juges et les législateurs se sont mis à considérer les immunités absolues avec suspicion, et à graduellement les éroder. L'immunité du poursuivant en est un exemple. À ce jour, la Cour a reconnu deux exceptions à cette immunité en faveur des accusés : les délits civils de poursuites abusives et de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Or, encore aujourd'hui, les poursuivants jouissent d'une immunité absolue à l'encontre des actions intentées par des tierces parties à des procédures criminelles.

[64] Les policiers intimés soutiennent que cette immunité ne s'applique pas à l'encontre de leur action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique et que cette action devrait être autorisée à suivre son cours. Ils allèguent que l'inconduite des poursuivants, qui a mené à des conclusions judiciaires voulant qu'ils se soient rendus coupables de torture et de brutalité policière, a porté atteinte à leur carrière, à leur réputation et à leur santé mentale. Leur cas commande qu'une réparation leur soit accordée. Ayant été mêlé à ce désastre, le pouvoir judiciaire ne peut demeurer passif et dire aux intimés de chercher à obtenir réparation ailleurs. Agir de cette façon aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

[65] Tout comme les tribunaux d'instances inférieures, je suis d'avis que l'immunité du poursuivant ne s'applique pas en l'espèce. Les considérations d'intérêt public comme la nature stratégique des décisions en cause, l'importance des intérêts en jeu, l'absence d'autres recours et mécanismes de

confidence in the office of prosecutor and in the police all weigh in favour of piercing the immunity, although in a limited way. Most importantly, police officers who, like the respondents, face findings of police brutality or torture as third parties to a criminal proceeding, are in a position similar to that of accused persons. Although not formally charged, such police officers are, in essence, convicted of serious criminal offences without having had their day in court. Such serious findings may thus have a deleterious effect on their right to liberty and security, their right to dignity and a good reputation, and their mental health — just like criminal charges may have on an accused person.

[66] Thus, prosecutorial immunity does not apply to claims for misfeasance in public office brought by police officers who suffered harm as a result of deliberate and unlawful conduct by prosecutors in connection with serious criminal allegations of police misconduct. The liability threshold for misfeasance in public office is high enough to avoid a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion. It is also high enough to avoid diverting prosecutors away from their public duties so that they can respond to lawsuits concerning their exercise of discretion. However, in accordance with the cautionary note sounded by Moldaver J. in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 33, that “the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise”, these reasons should not be read as displacing the immunity whenever a litigant brings a claim for misfeasance in public office. Not all victims of prosecutorial misconduct are in a position equivalent to that of an accused person, as the respondent police officers are.

reddition de compte significatifs, et la confiance du public envers la fonction de poursuivant et la police militent toutes en faveur de la levée de l’immunité, quoique de façon limitée. Surtout, les policiers qui, comme les intimés, sont visés par des conclusions de torture ou de brutalité policière à titre de tierces parties à des procédures criminelles se trouvent dans une position semblable à celle d’accusés. Bien qu’ils n’aient pas été formellement mis en accusation, ces policiers sont, essentiellement, reconnus coupables d’infractions criminelles graves, sans même avoir eu la possibilité de se faire entendre devant un tribunal. Des conclusions aussi graves peuvent avoir un effet préjudiciable sur leur droit à la liberté et à la sécurité, sur leur droit à la dignité et à une bonne réputation, ainsi que sur leur santé mentale — tout comme des accusations criminelles peuvent avoir un effet préjudiciable sur un accusé.

[66] Par conséquent, l’immunité du poursuivant ne s’applique pas à l’encontre des actions fondées sur la faute dans l’exercice d’une charge publique intentées par des policiers ayant subi un préjudice par suite de la conduite délibérée et illégitime de poursuivants en lien avec des allégations criminelles graves d’inconduite policière. Le seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l’exercice d’une charge publique est suffisamment élevé pour éviter le risque d’un effet paralysant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il est aussi suffisamment élevé pour éviter que les poursuivants soient détournés de leurs fonctions publiques afin qu’ils puissent répondre à des poursuites relatives à l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, conformément à la mise en garde faite par le juge Moldaver dans l’arrêt *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 33, selon laquelle « la façon d’agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l’avenir », les présents motifs ne devraient pas être interprétés comme visant à lever l’immunité chaque fois qu’un plaideur intente un recours pour faute dans l’exercice d’une charge publique. Les victimes de la conduite répréhensible d’un poursuivant ne sont pas toutes dans une position équivalente à celle d’un accusé, comme c’est le cas des policiers intimés en l’espèce.

[67] For the following reasons, I would dismiss the appeal. Prosecutorial immunity does not apply to the police officers' claim for misfeasance in public office, and the officers plead all the essential elements of the tort in their statement of claim.

II. Context

[68] This appeal concerns a motion to strike filed by the Crown. The test on a motion to strike is well established (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980). This Court must assume that the facts alleged by the respondent police officers in their statement of claim are true. Our task is to determine whether, on that basis, it is plain and obvious that the statement of claim discloses no reasonable cause of action and should be struck out as a result. Neither the unique nature of the facts underlying the respondents' action nor the strength of the Crown's defence is sufficient reason for refusing to allow their claims to move forward (*Hunt*, at p. 980). Their claim can be struck out only if it is certain to fail.

[69] Given that the allegations made by the police officers must be taken to be true, some of the following facts are based on their statement of claim. Those allegations will have to be proved at trial if the officers are to succeed. Some other facts have already been established in previous criminal proceedings.

[70] Randy Maharaj ("Maharaj") and Neil Singh ("Singh") were charged with having committed very serious crimes, i.e., armed robbery and forcible confinement, at a company called Crane Supply on February 9, 2009.

[71] Singh held a position of trust at Crane Supply. He was an employee of the company and had a close relationship with his supervisor, Mohammed Sheikh.

[72] On the night of the robbery, Mr. Sheikh was the night supervisor at Crane Supply. Singh was working in the yard that night. He punched out at 10:22 p.m. and left the premises. Singh knew that

[67] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais le pourvoi. L'immunité du poursuivant ne s'applique pas à l'encontre de l'action intentée par les policiers pour faute dans l'exercice d'une charge publique et ils ont plaidé tous les éléments essentiels du délit dans leur déclaration.

II. Contexte

[68] Le présent pourvoi porte sur une motion en radiation présentée par la Couronne. Le test applicable à une telle motion est bien établi (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980). La Cour doit tenir pour avérés les faits allégués par les policiers intimés dans leur déclaration. Notre tâche consiste à décider, sur ce fondement, s'il est évident et manifeste que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable et si elle devrait, de ce fait, être radiée. Ni la nature unique des faits qui sous-tendent l'action intentée par les intimés ni la force de la défense de la Couronne ne constituent des motifs suffisants pour empêcher que l'action suive son cours (*Hunt*, p. 980). L'action ne peut être radiée que si elle est vouée à l'échec.

[69] Puisque les allégations formulées par les policiers doivent être tenues pour avérées, certains des faits suivants sont fondés sur leur procédure écrite. Pour obtenir gain de cause, les policiers devront faire la preuve de ces allégations dans le cadre du procès. Certains autres faits ont déjà été établis au cours de procédures criminelles antérieures.

[70] Randy Maharaj (« Maharaj ») et Neil Singh (« Singh ») ont été accusés d'avoir commis, le 9 février 2009, des crimes très graves à l'établissement de la compagnie Crane Supply, soit ceux de vol à main armée et de séquestration.

[71] Singh occupait un poste de confiance chez Crane Supply. Il était employé par l'entreprise et il entretenait une relation étroite avec son superviseur, Mohammed Sheikh.

[72] Le soir où s'est produit le vol, M. Sheikh agissait comme superviseur de soir chez Crane Supply. Singh, quant à lui, travaillait dans la cour. Il a pointé la fin de son service à 22 h 22 et a ensuite quitté les

his supervisor was working alone late that night, and he deliberately took advantage of the vulnerable position his supervisor was in. Minutes later, Singh came back to the yard with his accomplice — not to work, but to rob his employer at gunpoint. He had in his line of sight a shipment of copper pipes valued at almost \$350,000.

[73] While doing paperwork in his office, Mr. Sheikh heard a loud bang and his office door was kicked open hard. A masked man pointed a black handgun at him and ordered him to get on his knees. Mr. Sheikh's hands and legs were then zip-tied, and his eyes were covered with duct tape. This man, who suffered from a heart condition, was left bound and blindfolded on the floor of his office.

[74] Meanwhile, the robbers searched his office and loaded the shipment of copper pipes worth almost \$350,000 onto a large truck. This was a sophisticated robbery. The robbers needed to know how to operate the forklift which had a special attachment designed for Crane Supply and how to mobilize a truck large enough to transport the copper pipes. They also had to know the warehouse security system inside out and the whereabouts of the employees working that night.

[75] After the robbers left, Mr. Sheikh managed to untie himself and call the police. These events had a profound impact on Mr. Sheikh. Because of the trauma he suffered, he was unable to remain in his supervisory position and was transferred to a position in the warehouse.

[76] In June 2009, the respondent police officers — Sergeant Jamie Clark, Detective Sergeant Donald Belanger and Detective Sergeant Steven Watts — arrested Maharaj and Singh for armed robbery and forcible confinement. At the time of the arrest, they were members of the Hold Up Squad of the Toronto

lieux. Singh savait que son superviseur travaillait seul jusqu'à tard ce soir-là et il a délibérément profité de la position vulnérable dans laquelle se trouvait celui-ci. Quelques minutes après avoir quitté les lieux, Singh est revenu dans la cour avec son complice — non pas pour travailler, mais pour voler son employeur sous la menace d'une arme à feu. Il avait dans sa ligne de mire une cargaison de tuyaux de cuivre d'une valeur de près de 350 000 \$.

[73] Pendant qu'il s'occupait de tâches administratives dans son bureau, M. Sheikh a entendu un grand bruit, puis la porte de son bureau a été enfoncée à coups de pied. Un homme masqué a pointé une arme de poing noire vers lui et lui a ordonné de se mettre à genoux. Les mains et les jambes de M. Sheikh ont été attachées avec des attaches autobloquantes et ses yeux ont été couverts avec du ruban adhésif en toile. Cet homme, qui souffrait d'une maladie cardiaque, a été laissé sur le plancher de son bureau, ligoté et les yeux bandés.

[74] Entre-temps, les voleurs ont fouillé son bureau et chargé la cargaison de tuyaux de cuivre d'une valeur de près de 350 000 \$ dans un gros camion. Il s'agissait d'un vol sophistiqué. Les voleurs devaient savoir comment utiliser le chariot élévateur à fourches, dont une pièce particulière avait été conçue pour Crane Supply. Ils devaient aussi savoir comment conduire un camion suffisamment gros pour transporter les tuyaux de cuivre. Ils devaient en outre connaître parfaitement le système de sécurité de l'entrepôt, de même que les allées et venues des employés qui travaillaient ce soir-là.

[75] Après le départ des voleurs, M. Sheikh a réussi à se libérer et à appeler la police. Ces événements ont eu des répercussions importantes sur lui. En raison du traumatisme subi, il n'a pas pu continuer à assumer ses fonctions de superviseur et il a dû être muté à un poste à l'entrepôt.

[76] En juin 2009, les policiers intimés — le sergent Jamie Clark ainsi que les sergents-détectives Donald Belanger et Steven Watts — ont arrêté Maharaj et Singh pour vol à main armée et séquestration. Au moment de l'arrestation, les policiers intimés faisaient partie de l'escouade du Service de police de

Police Service. They are experienced police officers with over 70 cumulative years of experience, and they have held various positions in other specialized units.

[77] The police officers found evidence that Singh and Maharaj had been in close communication on the night of the robbery. Maharaj had texted the words “Zip ties” to Singh 15 minutes before Mr. Sheikh called the police, and Maharaj had been in the vicinity of the Crane Supply yard on that particular night. Singh provided an exculpatory video statement that has been shown to be false; Maharaj provided a video statement inculpatory of himself and Singh. The falsity of Singh’s exculpatory statement has been demonstrated. Singh was convicted, and the application judge analyzed the reduction in sentence on the basis of Singh’s false exculpatory statement.

[78] Following their arrest, Maharaj and Singh were remanded in custody. During their bail hearing, counsel for Maharaj asked the court to put on the record the injuries his client had allegedly suffered during the arrest. He indicated to the court that Maharaj had “visible bumps and scratches” under his ear. However, according to the police officers, no suggestion was made that Maharaj had suffered any serious *rib injury* as a result of an assault committed by them *during his interrogation*.

[79] After the bail hearing, Maharaj was detained at the Maplehurst Detention Centre. While at Maplehurst, Maharaj never complained of any *rib injury*. The officers submit that only *bruises to his upper arm* were noted in his medical records at Maplehurst. The medical practitioners at Maplehurst are adamant that if Maharaj had complained about a *rib injury*, they would have recorded it in the context of their routine medical examination of any new inmate.

Toronto responsable des attaques à main armée. Ce sont des policiers expérimentés qui cumulent plus de 70 années d’expérience et qui ont occupé divers postes au sein d’autres unités spécialisées.

[77] Les policiers ont trouvé des éléments de preuve qui indiquaient que Singh et Maharaj étaient en étroite communication le soir du vol. Maharaj avait envoyé à Singh un message texte disant [TRA-DUCTION] « attaches autobloquantes » 15 minutes avant que M. Sheikh appelle la police, et Maharaj se trouvait dans les environs de la cour de Crane Supply le soir en question. Singh a fait une déclaration disculpatoire par vidéo, dont la fausseté a été établie; Maharaj a, quant à lui, fait une déclaration par vidéo les incriminant lui et Singh. La fausseté de la déclaration disculpatoire de Singh a été démontrée. Celui-ci a été reconnu coupable et la juge de première instance a analysé la réduction de la peine sur le fondement de la déclaration disculpatoire fautive de Singh.

[78] Après leur arrestation, Maharaj et Singh ont été placés en détention. Au cours de l’audience relative à leur mise en liberté sous caution, l’avocat de Maharaj a demandé au tribunal de consigner au dossier les blessures que son client alléguait avoir subies au cours de son arrestation. Il a précisé au tribunal que Maharaj présentait [TRADUCTION] « des bosses et des égratignures visibles » sous l’oreille. Cependant, les policiers affirment que personne n’a laissé entendre que Maharaj avait subi une grave *blessure aux côtes* par suite d’une agression qu’ils auraient commise *durant l’interrogatoire*.

[79] Après l’audience relative à sa mise en liberté sous caution, Maharaj a été détenu au Complexe correctionnel Maplehurst. Pendant qu’il se trouvait là, Maharaj ne s’est jamais plaint d’une quelconque *blessure aux côtes*. Les policiers soutiennent que seules des *ecchymoses sur le haut de son bras* ont été consignées dans son dossier médical à Maplehurst. Les médecins qui y exercent maintiennent catégoriquement que, si Maharaj s’était plaint d’une *blessure aux côtes*, ils l’auraient consigné dans le cadre de l’examen médical de routine réalisé à l’arrivée de chaque nouveau détenu.

[80] Between July and November 2010, the two accused had their preliminary inquiry. The Crown Attorney at the preliminary inquiry called the three police officers as witnesses. According to the police officers, counsel for Maharaj questioned them about their potential involvement in an assault on his client *during the arrest*, but he did not otherwise challenge the voluntariness of his client's inculpatory video statement. The officers state that, under oath, they vehemently denied the allegations. Maharaj and Singh were committed to stand trial. Crown Attorney Sheila Cressman ("Trial Crown") was assigned the carriage of the prosecution.

[81] In advance of the trial, Maharaj's counsel brought an application to stay the proceedings against his client and to exclude his client's confession. Maharaj accused the police officers of having committed a criminal offence by brutally assaulting him to extract an inculpatory statement. The police officers contend that Maharaj's allegations were false. More specifically, Maharaj alleged that, during the interrogation, Sgt. Clark "grabbed him out of his chair and dragged him to an intermediary room and threw him on the ground" (*R. v. Singh*, 2012 ONSC 2028 ("decision on Singh's stay application"), at para. 32 (CanLII)). Then, Sgt. Clark allegedly "came down on top of him and pinned him down on the ground and began punching him in the ribs for what Maharaj said felt like a lifetime" (para. 32). To add to the brutality, Det. Sgt. Watts supposedly tried to step on Maharaj's testicles while he was on the ground being punched by Sgt. Clark. Maharaj claimed that he had provided an inculpatory statement to make the assault stop.

[82] To support Maharaj's version of the events, his counsel provided the Trial Crown with his medical record from Maplehurst documenting bruises to his upper arm, an X-ray showing an acute fracture of his ribs, and the bail hearing transcript. The police officers argue that this was the first time — on the eve of the trial and more than two years after the events — that Maharaj alleged that he had suffered

[80] Entre juillet et novembre 2010, les deux accusés ont subi leur enquête préliminaire. Au cours de celle-ci, le procureur de la Couronne a cité les trois policiers comme témoins. Selon les policiers, l'avocat de Maharaj les a interrogés sur leur participation potentielle à l'agression de son client *durant l'arrestation*, mais il n'a pas contesté par ailleurs le caractère volontaire de la déclaration vidéo incriminante de son client. Les policiers affirment qu'ils ont nié, sous serment, les allégations avec véhémence. Maharaj et Singh ont été cités à procès. La procureure de la Couronne M^e Sheila Cressman (« procureure de la Couronne au procès ») a été chargée de la poursuite.

[81] Avant l'ouverture du procès, l'avocat de Maharaj a présenté une demande visant à obtenir l'arrêt des procédures intentées contre son client et l'exclusion de l'aveu fait par celui-ci. Maharaj a affirmé que les policiers s'étaient rendus coupables d'une infraction criminelle en l'agressant brutalement pour lui extorquer une déclaration incriminante. Les policiers soutiennent que les allégations de Maharaj étaient fausses. Plus précisément, Maharaj a allégué que, au cours de son interrogatoire, le sergent Clark l'avait [TRADUCTION] « empoigné pour le tirer de sa chaise, traîné vers une salle intermédiaire et jeté sur le sol » (*R. c. Singh*, 2012 ONSC 2028 (« décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh »), par. 32 (CanLII)). Par la suite, le sergent Clark se serait [TRADUCTION] « placé au-dessus de lui pour le maintenir au sol et le frapper aux côtes durant ce qui a paru une éternité à Maharaj » (par. 32). Pour ajouter à la brutalité, le sergent-détective Watts aurait prétendument tenté d'écraser les testicules de Maharaj pendant que ce dernier se trouvait au sol et se faisait rouer de coups par le sergent Clark. Maharaj a prétendu avoir fait une déclaration incriminante pour que l'agression cesse.

[82] À l'appui du récit des événements fait par Maharaj, son avocat a fourni à la procureure de la Couronne au procès son dossier médical de Maplehurst faisant état des ecchymoses sur le haut de son bras, une radiographie montrant une fracture aiguë aux côtes et la transcription sténographique de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution. Les policiers prétendent que c'était la première

a serious *rib injury* as the result of an assault by the officers *during his interrogation*. At the bail hearing and the preliminary inquiry, Maharaj had previously alleged only that he had suffered *bumps and scratches during the arrest*.

[83] The officers add that the Trial Crown then consulted Dr. Moss, who had viewed the X-ray. Dr. Moss confirmed the existence of a rib fracture but told the Trial Crown, in no uncertain terms, that a patient with such a rib fracture would experience excruciating pain if he or she made any movements with the upper body or arms. Allegedly, Dr. Moss opined that it was *possible* that the injuries could have occurred on the day of the arrest, but the Trial Crown did not ask him any further questions to determine if the injury could have occurred at another time. The Trial Crown also apparently did not ask him to review Maharaj's videotaped statement from the day of the arrest, which clearly showed that Maharaj had no difficulty lifting his arms and moving his upper body.

[84] The Trial Crown consulted with a senior Crown Attorney, Frank Armstrong ("Senior Crown"). They agreed that Maharaj's inculpatory statement would be inadmissible because the Crown would be unable to prove beyond a reasonable doubt that it was voluntary in view of the assault allegations. Accordingly, the Senior Crown stayed the charges against Maharaj. However, no stay of proceedings was entered in respect of Singh. The latter was subsequently found guilty at trial.

[85] Following the stay of the proceedings against Maharaj, Singh filed an application under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* seeking a stay of his conviction, as well. Had Singh not sought a stay, he would be facing a mandatory minimum five-year sentence for the armed robbery of which

fois — à la veille du procès et plus de deux ans après les événements — que Maharaj alléguait avoir subi une grave *blessure aux côtes* par suite d'une agression commise à son endroit par les policiers *durant l'interrogatoire*. Lors de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution et de l'enquête préliminaire, Maharaj avait seulement allégué avoir subi des *bosses et des égratignures durant l'arrestation*.

[83] Les policiers ajoutent que la procureure de la Couronne au procès a alors consulté le D^r Moss, qui avait examiné la radiographie. Celui-ci a confirmé l'existence d'une fracture aux côtes, mais il a indiqué très clairement à la procureure de la Couronne au procès qu'un patient souffrant d'une telle fracture aux côtes éprouverait une douleur atroce à chaque mouvement du haut de son corps ou de ses bras. Apparemment, le D^r Moss se serait dit d'avis qu'il était *possible* que la blessure ait été causée le jour de l'arrestation, mais la procureure de la Couronne au procès ne lui a pas posé d'autres questions pour savoir si la blessure avait pu avoir été causée à un autre moment. En outre, la procureure de la Couronne au procès ne lui aurait pas non plus demandé de visionner la vidéo de la déclaration de Maharaj enregistrée le jour de l'arrestation, laquelle vidéo montre clairement qu'il n'éprouvait aucune difficulté à lever les bras ni à bouger le haut de son corps.

[84] La procureure de la Couronne au procès a consulté un procureur principal de la Couronne, M^e Frank Armstrong (« procureur principal de la Couronne »). Ils ont convenu que la déclaration inculpatrice de Maharaj serait irrecevable parce que la Couronne ne serait pas en mesure de prouver, hors de tout doute raisonnable, qu'elle avait été faite volontairement compte tenu des allégations d'agression. Le procureur principal de la Couronne a donc arrêté les procédures contre Maharaj. Cependant, celles intentées contre Singh ont été maintenues. Ce dernier a ensuite été déclaré coupable, lors de son procès.

[85] À la suite de l'arrêt des procédures contre Maharaj, Singh a présenté une demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* en vue d'obtenir la suspension de sa déclaration de culpabilité. Si Singh n'avait pas demandé l'arrêt des procédures, il aurait fait face à une peine minimale obligatoire de

he had been convicted. The respondent police officers maintain that the allegations of police brutality made by Singh in support of his *Charter* application were false, as were those made by Maharaj. In his affidavit and testimony, Singh alleged that he, too, had been a victim of police brutality. He claimed that Sgt. Clark had assaulted him three times in the presence of Det. Sgt. Watts during his interrogation. Singh alleged that Sgt. Clark had struck him behind his head, put a knee into his ribs, strangled him, slammed his head against the wall and hit his back with a closed fist. Singh added that the assaults had left him breathless, on the verge of a blackout and with the inside of his lower lip bleeding. The attack was allegedly so brutal that Singh implored Sgt. Clark to “[j]ust kill me man” (decision on Singh’s stay application, at para. 23; *R. v. Singh*, 2012 ONSC 4429 (“Singh’s sentencing decision”), at para. 61 (CanLII)). Nevertheless, Singh supposedly exhibited strength and resilience and refused to provide the inculpatory statement the police officers were trying to extract from him.

[86] Before Singh’s *Charter* application was heard, the Trial Crown had allegedly assured Det. Sgt. Watts that all three officers would be called as witnesses to deny the allegations, as they had had the opportunity to do at the preliminary inquiry. However, at the last minute, the Trial Crown decided not to adduce any evidence to contradict Maharaj’s and Singh’s testimony, despite the seriousness of the criminal allegations made against the police officers. Det. Sgt. Watts says that he urged her to change her position but she would not budge. She ignored the officers’ concerns about how it would adversely affect them and airily conceded the existence of the assaults and the *Charter* breach. The Trial Crown thus limited herself to cross-examining Maharaj and Singh and arguing in favour of a reduction in Singh’s sentence as the appropriate *Charter* remedy, instead of a stay.

cinq ans pour le vol à main armée dont il a été déclaré coupable. Les policiers intimés maintiennent que les allégations de brutalité policière faites par Singh à l’appui de sa demande fondée sur la *Charte* étaient fausses, comme l’étaient celles faites par Maharaj. Dans son affidavit et son témoignage, Singh a allégué avoir, lui aussi, été victime de brutalité policière. Il a prétendu que le sergent Clark l’avait agressé à trois reprises en présence du sergent-détective Watts durant l’interrogatoire. Singh a allégué que le sergent Clark l’avait frappé à l’arrière de la tête, qu’il lui avait enfoncé un genou dans les côtes, qu’il l’avait étranglé, qu’il lui avait cogné la tête contre le mur et qu’il lui avait donné des coups de poing au dos. Singh a ajouté que les agressions l’avaient laissé à bout de souffle, au bord de l’inconscience, et que sa lèvre inférieure saignait. L’agression aurait été si brutale que Singh aurait supposément supplié le sergent Clark en lui disant : [TRADUCTION] « [v]as-y, tue-moi » (décision sur la demande d’arrêt des procédures de Singh, par. 23; *R. c. Singh*, 2012 ONSC 4429 (« décision sur la peine de Singh »), par. 61 (CanLII)). Malgré tout, Singh aurait fait preuve de force et de résilience et refusé de fournir la déclaration incriminante que les policiers tentaient de lui extorquer.

[86] Avant l’audition de la demande de Singh fondée sur la *Charte*, la procureure de la Couronne au procès a apparemment assuré au sergent-détective Watts que les trois policiers seraient appelés à témoigner pour réfuter les allégations, comme ils avaient eu l’occasion de le faire lors de l’enquête préliminaire. Or, à la dernière minute, elle a décidé de ne produire aucune preuve en vue de contredire le témoignage de Maharaj et Singh, et ce, malgré la gravité des allégations criminelles formulées contre les policiers. Le sergent-détective Watts affirme avoir exhorté la procureure à changer d’avis, mais elle n’en a rien fait. Elle n’a pas tenu compte des préoccupations des policiers quant aux conséquences négatives qu’auraient ces allégations pour eux, et elle a concédé avec désinvolture l’existence des agressions et de la violation de la *Charte*. La procureure de la Couronne au procès s’est donc contentée de contre-interroger Maharaj et Singh, et de plaider en faveur d’une réduction de la peine de Singh — plutôt qu’en faveur d’une suspension de sa déclaration de culpabilité — en guise de réparation convenable fondée sur la *Charte*.

[87] During the hearing of the *Charter* application, Thorburn J. expressed her surprise and discomfort at the absence of the police officers as witnesses. The Trial Crown was quite dismissive when asked what motivated her decision not to call them:

THE COURT: What do I do with the fact that none of these officers testified?

...

... I have Mr. Singh's ... testimony, and maybe I believe him and maybe I don't, but ... if there were some officers who said, "Well, we know nothing, I'm sorry, I tapped him on the shoulder, I should never have tapped him on the shoulder, and gosh, darn, look at this, this is terrible," nobody showed up.

[THE TRIAL CROWN]: Well, the Crown didn't call anyone.

THE COURT: Well, yes.

[THE TRIAL CROWN]: And what that means is that the evidence is uncontradicted other than Your Honour of course in accepting that evidence is required to look at internal and external consistencies. So, that's what I'm going to be focusing on. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 342)

[88] Earlier, Thorburn J. had specifically asked the Trial Crown whether "there [was] any sort of suggestion that [the injuries] may have come about in some other way" than at the hands of the police (A.R., vol. III, at p. 297). She responded straightforwardly: "There is no evidence that it occurred in any other way" (p. 297 (emphasis added)). Further, she confirmed that the assault had primarily been Sgt. Clark's doing.

[87] Au cours de l'audition de la demande fondée sur la *Charte*, la juge Thorburn a exprimé sa surprise et son malaise quant au fait que les policiers n'avaient pas été appelés à témoigner. La procureure de la Couronne au procès a balayé du revers de la main la demande de la juge d'expliquer les raisons qui avaient motivé sa décision :

[TRADUCTION]

LA COUR : Que dois-je penser du fait qu'aucun des policiers en question n'a témoigné?

...

... J'ai le témoignage de M. Singh [. . .], et peut-être que je le crois ou peut-être que je ne le crois pas, mais [. . .] si des policiers s'étaient présentés pour dire : « Eh bien, nous ne savons rien, je suis désolé, je lui ai tapé sur l'épaule, je n'aurais jamais dû lui taper sur l'épaule et mince alors, regardez cela, c'est terrible », mais personne ne s'est présenté.

[LA PROCUREURE DE LA COURONNE AU PROCÈS] : Eh bien, la Couronne n'a appelé personne à témoigner.

LA COUR : Eh bien, oui.

[LA PROCUREURE DE LA COURONNE AU PROCÈS] : Et cela signifie que la preuve n'est pas contestée sauf par le fait que vous, Madame la juge, devez bien sûr, avant d'admettre la preuve, en examiner la cohérence interne et externe. C'est donc sur cela que je vais me concentrer. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 342)

[88] Plus tôt, la juge Thorburn avait expressément demandé à la procureure de la Couronne au procès si [TRADUCTION] « quoi que ce soit [pouvait] donner à penser que [les blessures] aient pu s'être produites autrement » et ne pas être le fait de la police (d.a., vol. III, p. 297). La procureure a simplement répondu : « Rien n'indique que ça se soit produit autrement » (p. 297 (je souligne)). Elle a en outre confirmé que l'agression était principalement le fait du sergent Clark.

[89] Ultimately, Thorburn J. had no choice but to conclude that the police officers had indeed assaulted Maharaj and Singh, given the Crown's decision to adduce no contradictory evidence and to concede the allegations. However, she refused to order a stay of the proceedings against Singh and preferred instead to reduce his sentence by one year as a remedy for the "police brutality" he had suffered (decision on Singh's stay application, at para. 49).

[90] Thorburn J. characterized the police officers' behaviour as "thoroughly reprehensible" and as "police brutality" (decision on Singh's stay application, at paras. 49-50). She also vigorously condemned that behaviour:

This significant reduction in sentence is necessary to reflect my very deep concern and condemnation of those who, being selected to uphold the law and preserve justice, assault those entrusted to their care and control. This reduction in Singh's sentence does not and should not serve as a substitute for further investigation into and punishment of those involved in this reprehensible conduct. [Emphasis added.]

(Singh's sentencing decision, at para. 64)

[91] The police officers submit that those findings had a dramatic impact on them. In her reasons, Thorburn J. urged the Crown, on two separate occasions, to ensure that there would be a thorough investigation into the police brutality (decision on Singh's stay application, at para. 52; Singh's sentencing decision, at para. 64). This triggered additional inquiries by the Special Investigations Unit ("SIU") and the internal Toronto Police Service Professional Standards Unit ("TPSPS Unit"). Thorburn J.'s findings of assault were also widely reported in the media, which allegedly caused serious harm to the police officers' reputations and mental health.

[89] En définitive, la juge Thorburn n'a eu d'autre choix que de conclure que les policiers avaient effectivement agressé Maharaj et Singh, étant donné la décision de la Couronne de ne pas produire de preuve contradictoire et d'admettre les allégations. Cependant, elle a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures contre Singh et a préféré réduire sa peine d'un an à titre de réparation pour la [TRADUCTION] « brutalité policière » dont il avait fait l'objet (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 49).

[90] La juge Thorburn a déclaré que le comportement des policiers était [TRADUCTION] « tout à fait répréhensible » et elle l'a qualifié de « brutalité policière » (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 49-50). Elle a en outre condamné vigoureusement ce comportement :

[TRADUCTION] Cette réduction importante de la peine est nécessaire pour démontrer ma très grande inquiétude et ma réprobation à l'égard de ceux qui, alors qu'ils se sont vu confier la tâche de faire respecter la loi et de préserver la justice, agressent les personnes qui se trouvent sous leur garde. Cette réduction de la peine de Singh ne constitue pas, et ne devrait pas constituer, une solution de rechange à une enquête approfondie et à l'imposition de sanctions à l'encontre des personnes qui ont eu ce comportement répréhensible. [Je souligne.]

(décision sur la peine de Singh, par. 64)

[91] Les policiers affirment que ces conclusions ont eu de graves répercussions sur eux. Dans ses motifs, la juge Thorburn a exhorté la Couronne, à deux occasions distinctes, à veiller à ce qu'une enquête approfondie soit menée relativement aux allégations de brutalité policière (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 52; décision sur la peine de Singh, par. 64). Cela a donné lieu à des enquêtes supplémentaires de l'Unité des enquêtes spéciales (« UES ») et de l'Unité des normes professionnelles du Service de police de Toronto (« UNP »). De plus, les conclusions de la juge Thorburn relatives à l'agression perpétrée par les policiers ont été largement rapportées dans les médias, ce qui aurait gravement nui à la réputation et à la santé mentale des policiers.

[92] The SIU did not complete its investigation of the alleged assaults. Since Maharaj refused to cooperate, the SIU withdrew its mandate and terminated its investigation without reaching a definitive conclusion. However, the TPSPS Unit continued its investigation despite the refusal of Maharaj and Singh to cooperate.

[93] After Thorburn J. released her sentencing decision, internal investigators for the TPSPS Unit provided Dr. Moss with a copy of Maharaj's videotaped statement showing him raising and moving his arms. This being inconsistent with an acute rib injury, Dr. Moss opined that the injury must have been suffered *before* the day of the arrest and had already healed in the meantime. In light of that revelation and following a thorough investigation of the evidence available, the TPSPS Unit concluded that the allegations "cannot be substantiated" (A.R., vol. III, at p. 421).

[94] The Trial Crown's decision to concede the allegations of assault is particularly striking. From the transcripts, it is quite obvious that neither Thorburn J. nor the Trial Crown found Singh or Maharaj to be credible witnesses. Moreover, the police officers emphasize that there was little other convincing evidence supporting their testimony.

[95] Indeed, the Trial Crown said that she had "some serious reservations" about Singh's "credibility in terms of the extent of the assault" (A.R., vol. III, at p. 299). She suggested that Singh was "embellish[ing] things" and "seriously exaggerating" (pp. 350 and 353). In the same vein, Thorburn J. was quick to underline that Maharaj was not a credible witness because his testimony was tainted by lies and evasiveness:

[92] L'UES n'a pas mené à terme son enquête sur les allégations d'agression. Puisque Maharaj a refusé de coopérer, l'UES s'est retirée de son mandat et a mis fin à son enquête sans en arriver à une conclusion définitive. Toutefois, l'UNP a poursuivi son enquête malgré le refus de coopérer de Maharaj et Singh.

[93] Après que la juge Thorburn a rendu sa décision sur la peine, les enquêteurs internes de l'UNP ont fourni au D^r Moss une copie de la déclaration vidéo de Maharaj dans laquelle on voit celui-ci lever et bouger ses bras. Ces gestes étant incompatibles avec une blessure aiguë aux côtes, le D^r Moss a convenu que la blessure avait dû se produire *avant* le jour de l'arrestation et qu'elle avait déjà eu le temps de guérir dans l'intervalle. Compte tenu de cette révélation, et à la suite d'un examen approfondi des éléments de preuve disponibles, l'UNP a conclu que les allégations [TRADUCTION] « [n'étaient] pas fondées » (d.a., vol. III, p. 421).

[94] La décision de la procureure de la Couronne au procès de concéder les allégations d'agression est particulièrement frappante. Il ressort clairement des transcriptions sténographiques que ni la juge Thorburn ni la procureure de la Couronne au procès ne considéraient que Singh ou Maharaj étaient des témoins crédibles. De plus, les policiers insistent sur le fait qu'il n'existait que peu d'autres éléments de preuve convaincants pour appuyer les témoignages de Singh et Maharaj.

[95] En effet, la procureure de la Couronne au procès a mentionné qu'elle avait [TRADUCTION] « de sérieuses réserves » quant à la « crédibilité [de Singh] relativement à la gravité de l'agression » (d.a., vol. III, p. 299). Elle a suggéré que Singh « amplifi[ait] les choses » et qu'il « exagér[ait] considérablement » (p. 350 et 353). Dans le même ordre d'idées, la juge Thorburn s'est empressée de souligner que Maharaj n'était pas un témoin crédible puisque son témoignage était évasif et entaché de mensonges :

THE COURT: What do I do about Mr. Maharaj and some of the evidence that he gave that was really not very credible. I mean, he's admitted that he lied before.

...

... He was either lying today or he was lying before, because what he said was different than what he said in the prior occasion. . .

...

... And then his comment about “Oh, I have no idea about zip ties. It depends on what happened before.”

...

... “Well, there was no message before. So what I am suppose[d] to take from that? Oh, well, just, you know, I always send messages saying zip ties,” come on, I mean . . .

...

... So how credible? What do I do with the fact that he's not the most credible witness? [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 318)

[96] Some other aspects of their testimony were also hardly believable, if not grotesque. For example, shortly after he was arrested, Singh told Det. Sgt. Watts that he did not know Maharaj, but he later testified, in support of his *Charter* application, that he knew him and socialized regularly with him while having drinks. He claimed not to have lied to the police. He said that Det. Sgt. Watts’ “question was asked in the context of whether he knew another Crane Supply employee, so he replied that he did not know Maharaj as there was no employee named Maharaj” (decision on Singh’s stay application, at para. 17).

[TRADUCTION]

LA COUR : Que dois-je faire en ce qui concerne M. Maharaj et certains des éléments de preuve qu’il a fournis qui n’étaient vraiment pas très crédibles? Je veux dire, il a admis avoir déjà menti.

...

... Soit il a menti aujourd’hui, soit il a menti auparavant, parce que ce qu’il a dit différerait de ce qu’il avait dit précédemment [. . .]

...

... Lorsqu’il a dit « Oh, je ne sais rien au sujet des attaches autobloquantes. Ça dépend de ce qui s’est passé avant. »

...

... « Eh bien, il n’y a pas eu d’autre message avant. Par conséquent, que dois-je en conclure? Oh, eh bien, c’est juste que, vous savez, j’envoie toujours des messages qui parlent d’attaches autobloquantes. » Allez, on s’entend . . .

...

... Est-ce crédible? Que dois-je faire du fait qu’il n’est pas le plus crédible des témoins? [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 318)

[96] D’autres aspects des témoignages de Singh et Maharaj étaient également difficiles à croire, voire grotesques. Par exemple, peu de temps après son arrestation, Singh a dit au sergent-déetective Watts qu’il ne connaissait pas Maharaj, mais, plus tard, il a déclaré à l’appui de sa demande fondée sur la *Charte* qu’il le connaissait et le voyait régulièrement pour prendre un verre. Singh a prétendu qu’il n’avait pas menti à la police. Il a affirmé que la question du sergent-déetective Watts [TRADUCTION] « visait à savoir s’il connaissait un autre employé de Crane Supply, il avait donc répondu qu’il ne connaissait pas Maharaj puisqu’aucun employé ne portait ce nom » (décision sur la demande d’arrêt des procédures de Singh, par. 17).

[97] As demonstrated above, Singh is a person who did not hesitate to abuse the trust placed in him by his former employer for his own benefit, so his testimony had to be analyzed very carefully as well as his motives for bringing his *Charter* application. Allegations of assault, if believed, would enable him to avoid going to prison for a minimum of five years. Conceding the allegations, as the Trial Crown did, can certainly be alleged by a plaintiff as evidence of deliberate and unlawful conduct, including an utter lack of the rigour and critical thinking expected from prosecutors and a breach of their duty to act without favour or affection to any party pursuant to s. 6(5) of the *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49.

[98] In addition to the issue of credibility, the police officers argue that the evidence in the Trial Crown's hands clearly showed that the allegations of assault made by Maharaj and Singh were false.

[99] With respect to Maharaj, the bail hearing transcript and the medical records from Maplehurst made no mention whatsoever of a rib injury. In light of the opinion expressed by Dr. Moss, it could certainly be alleged that it was clear from the videotaped statement that the rib injury had occurred *before* the day of the arrest. The fact that Maharaj did not allege that he had suffered a *rib injury during his interrogation* until one week before trial also cast doubt on his version of the events.

[100] As for Singh, the videotaped statement he gave to the police revealed no "bruising, swelling or other apparent injuries" (decision on Singh's stay application, at para. 27; Singh's sentencing decision, at para. 62). Moreover, while in custody awaiting his bail hearing, Singh never complained about the "assaults", nor did he seek any medical treatment. It was not until one month after the alleged events and

[97] Comme le démontre ce qui précède, Singh est quelqu'un qui n'a pas hésité à abuser de la confiance que lui avait accordée son ancien employeur pour servir ses propres intérêts. Son témoignage de même que les raisons pour lesquelles il a présenté une demande fondée sur la *Charte* doivent donc être analysés avec une grande prudence. Les allégations d'agression, si l'on y ajoute foi, lui éviteraient une peine minimale d'emprisonnement de cinq ans. Concéder les allégations, comme l'a fait la procureure de la Couronne au procès, peut certainement être invoqué par un demandeur comme la preuve d'une conduite délibérée et illégitime, de l'absence totale de la rigueur et du sens critique auxquels on peut s'attendre de la part des poursuivants, ainsi que d'une violation du devoir d'agir sans favoritisme ni partialité à l'égard de l'une ou l'autre des parties, aux termes du par. 6(5) de la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, c. C.49.

[98] Outre la question de la crédibilité, les policiers plaident que les éléments de preuve dont disposait la procureure de la Couronne au procès démontraient la fausseté des allégations d'agression formulées par Maharaj et Singh.

[99] En ce qui concerne Maharaj, ni la transcription sténographique de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution ni son dossier médical de Maplehurst ne mentionnait d'aucune façon une blessure aux côtes. Étant donné l'avis du D^r Moss, il pouvait certainement être allégué que la déclaration vidéo montrait clairement que la blessure aux côtes s'était produite *avant* le jour de l'arrestation. Le fait que Maharaj n'ait allégué avoir subi une *blessure aux côtes durant l'interrogatoire* qu'une semaine avant son procès jette aussi un doute sur sa version des événements.

[100] Pour ce qui est de Singh, l'enregistrement vidéo de la déclaration qu'il a faite à la police ne montre [TRADUCTION] « ni ecchymose, ni enflure, ni aucune autre blessure apparente » (décision sur la demande d'arrêt des procédures de Singh, par. 27; décision sur la peine de Singh, par. 62). En outre, pendant qu'il se trouvait en détention dans l'attente de l'audience relative à sa mise en liberté sous caution, Singh ne

10 days after his release from custody that he visited his doctor for a supposed sore throat.

[101] In spite of all this, Singh appealed his conviction and sentence. Crown Attorney Amy Alyea (“Appeal Crown”) was designated to argue the appeal for the Crown.

[102] The police officers allege that, by the time Singh’s appeal was heard, the Crown Law Office was well aware of their position that the allegations of assault were fabricated and had been mishandled by the Trial Crown. Det. Sgt. Watts says that, prior to the hearing, he met with the Appeal Crown to explain the situation. Nonetheless, the Appeal Crown made no attempts to investigate further and to rectify the findings of assault before the Court of Appeal.

[103] During the hearing of Singh’s appeal, the Court of Appeal asked the Appeal Crown questions about what had occurred. According to the police officers, the Appeal Crown did not inform the court about the Trial Crown’s mishandling of the prosecution, the exculpatory findings contained in the TPSPS Unit’s report, and the likelihood that the allegations were fabricated. The officers allege that the Appeal Crown instead suppressed the evidence in a deliberate attempt to protect her colleagues. As such, they argue that she disregarded the duties attached to the public office she held and acted on the basis of an improper purpose.

[104] My colleague Justice Abella concludes that the “transcript of the appeal hearing, however, reveals no suppression”, and she adds:

In response to a question from the bench, Ms. Alyea did tell the court that a review was conducted by the Toronto

s’est jamais plaint des « agressions » et il n’a jamais cherché à obtenir de soins médicaux. Ce n’est qu’un mois après les événements allégués et 10 jours après sa mise en liberté qu’il a rendu visite à son médecin pour un prétendu mal de gorge.

[101] Malgré tout ce qui précède, Singh a fait appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine. La procureure de la Couronne M^e Amy Alyea (« procureure de la Couronne en appel ») a été désignée pour plaider l’appel pour la Couronne.

[102] Les policiers affirment qu’au moment de l’instruction de l’appel de Singh, le Bureau des avocats de la Couronne était parfaitement au courant de leur position selon laquelle les allégations d’agression avaient été fabriquées et qu’elles avaient été traitées de façon inadéquate par la procureure de la Couronne au procès. Le sergent-détective Watts indique que, avant l’audience, il a rencontré la procureure de la Couronne en appel pour lui expliquer la situation. Malgré cela, celle-ci n’a pas tenté de pousser l’enquête et de rectifier les conclusions d’agression devant la Cour d’appel.

[103] Au cours de l’audition de l’appel de Singh, la Cour d’appel a posé des questions à la procureure de la Couronne en appel au sujet des événements. Selon les policiers, elle n’a pas informé la cour du traitement inadéquat de la poursuite par la procureure de la Couronne au procès, des conclusions disculpatoires contenues dans le rapport de l’UNP, et de la probabilité que les allégations aient été fabriquées. Les policiers affirment que la procureure de la Couronne en appel a plutôt écarté ces éléments de preuve dans une tentative délibérée de protéger ses collègues. Ils soutiennent que, ce faisant, elle a fait fi des obligations qui se rattachent à la charge publique qu’elle exerce et a agi en se fondant sur un but illégitime.

[104] Ma collègue, la juge Abella, conclut que la « transcription sténographique de l’audience de la Cour d’appel ne révèle toutefois rien de tel », et elle ajoute ce qui suit :

En réponse à une question du tribunal, M^e Alyea a effectivement répondu que le Service de police de Toronto avait

Police Services and that she was not aware of any resulting disciplinary action against the police officers. She offered to provide the court with a copy of the report, but the court did not feel that it was necessary to do so. It is hard to see how this could be characterized as wrongdoing, or even an error in professional judgment. [para. 55]

With respect, this is not how I read the transcript. Although the Appeal Crown offered to provide a copy of the report, one may conclude that the way she presented it distorted its content. She correctly stated that no criminal or disciplinary charges had flowed from that report (see A.R., vol. III, at pp. 428, 450-51 and 489-90). However, she did not provide the following nuance: no action had been taken against the police officers as a result of the report, not because the Toronto Police Service had refused to punish their misconduct, but rather because the TPSPS Unit had concluded that the allegations of assault could not be substantiated. The Appeal Crown did not specify why no action had been taken. In other words, one may certainly conclude that this supports the officers' claim that the Appeal Crown suppressed the exculpatory nature of the TPSPS Unit's report. Because the Court of Appeal was deprived of the knowledge of this important distinction, it is not plain and obvious that it was not misled into thinking that the Toronto Police Service had sat idly by and remained silent in the face of police brutality:

Nor does it appear that these officers have been called to account in any meaningful way, although the trial judge made it plain that, in her view, they should be. We were told that an internal investigation was undertaken by the police but that it ceased when the victims, not surprisingly, were unwilling to cooperate. Crown counsel was not able to advise of any charges, disciplinary measures or other consequences flowing from the investigation.

Yet the police had provided no response to the testimony of the appellant and Maharaj on the stay hearing. Indeed, they have not done so to this day. The absence

examiné la question et que, à sa connaissance, aucune mesure disciplinaire n'avait été prise contre les policiers à la suite de cet examen. Elle a offert au tribunal de lui soumettre une copie du rapport, ce que le tribunal n'a pas jugé nécessaire. On voit mal comment on pourrait qualifier ces agissements de répréhensibles, ou même d'erreur de jugement professionnel. [par. 55]

Avec égards, ce n'est pas de cette façon que j'interprète la transcription sténographique. Bien que la procureure de la Couronne en appel ait offert au tribunal de lui fournir une copie du rapport, on peut conclure que la façon dont elle en a traité en dénaturait le contenu. À juste titre, elle a déclaré qu'aucune accusation criminelle ni mesure disciplinaire n'avait été prise par suite de ce rapport (d.a., vol. III, p. 428, 450-451 et 489-490). Cependant, elle n'a pas fourni la nuance suivante : aucune mesure n'a été prise contre les policiers par suite du rapport, non pas parce que le Service de police de Toronto a refusé de punir leur inconduite, mais bien parce que l'UNP a conclu que les allégations d'agression n'étaient pas fondées. La procureure de la Couronne en appel n'a pas précisé pourquoi aucune mesure n'avait été prise. Autrement dit, on peut certainement conclure que la conduite de la procureure de la Couronne en appel appuie l'allégation des policiers selon laquelle elle a fait fi de la nature disculpatoire du rapport de l'UNP. La Cour d'appel n'ayant pas été informée de cette distinction importante, il n'est pas évident et manifeste qu'elle n'a pas été amenée à penser, à tort, que le Service de police de Toronto était demeuré inactif et silencieux devant un cas de brutalité policière :

[TRADUCTION] Il ne semble pas non plus que les policiers aient eu à répondre véritablement de leurs actes, bien que la juge du procès ait clairement déclaré qu'à son avis, ils auraient dû avoir à le faire. On nous a dit qu'une enquête interne avait été entreprise par le Service de police, mais qu'elle avait pris fin du fait que les victimes avaient refusé de collaborer, ce qui n'est pas étonnant. L'avocate de la Couronne n'a été en mesure de signaler l'existence de quelque accusation, mesure disciplinaire ou autre conséquence qui aurait découlé de l'enquête.

Pourtant, le Service de police n'a fourni aucune réponse au témoignage de l'appellant et de Maharaj lors de l'audience sur l'arrêt des procédures. En effet, les policiers

of any meaningful disciplinary measures is telling, in my view, because the inability or refusal of the police to muster a pointed response in the face of such unchallenged allegations of serious criminal conduct by state actors during a criminal investigation makes the case for a stay under the residual category all the more compelling. [Emphasis added.]

(*R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253 (“Singh’s sentencing appeal”), at paras. 45-46)

[105] The Court of Appeal allowed the appeal and stayed Singh’s convictions. In its reasons, the court made some comments about the “misconduct” of the police officers that are even harsher than those made by Thorburn J. It wrote:

What occurred here was not a momentary overreaction by a police officer caught up in the moment of a difficult interrogation. What occurred here was the administration of a calculated, prolonged and skillfully choreographed investigative technique developed by these officers to secure evidence. This technique involved the deliberate and repeated use of intimidation, threats and violence, coupled with what can only be described as a systematic breach of the constitutional rights of detained persons — including the denial of their rights to counsel. [Indeed, the conduct in this case might well be characterized as “torture” as that term is defined in s. 269.1(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.] It would be naïve to suppose that this type of egregious conduct, on the part of these officers, would be confined to an isolated incident.

The courts must not condone such an approach to interrogation. Real life in the police services is not a television drama. What took place here sullies the reputations of the many good officers in our country, whose work is integral to the safety and security of our society. [Emphasis added; paras. 43-44.]

[106] Here again, these unfounded findings of torture and police brutality were widely reported in the media. They also triggered additional investigations. The SIU reopened its investigation and the

n’ont fourni aucune réponse à ce jour. L’absence de mesures disciplinaires significatives est révélatrice, à mon avis, puisque l’incapacité ou le refus du Service de police de répondre sans détour à de telles allégations non contestées de conduite criminelle grave de la part de représentants de l’État au cours d’une enquête criminelle rend la demande d’arrêt des procédures au titre de la catégorie résiduelle encore plus convaincante. [Je souligne.]

(*R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253 (« appel de la sentence de Singh », par. 45-46)

[105] La Cour d’appel a accueilli l’appel et a suspendu les déclarations de culpabilité de Singh. Dans ses motifs, elle a formulé des commentaires au sujet de « l’inconduite » des policiers qui étaient même plus sévères que ceux de la juge Thorburn. La Cour d’appel a écrit :

[TRADUCTION] Ce qui s’est produit en l’espèce n’était pas une réaction excessive momentanée de la part d’un policier qui a agi sous l’impulsion du moment au cours d’un interrogatoire difficile. Ce qui s’est produit a plutôt été l’utilisation d’une technique d’enquête calculée, prolongée et habilement menée par les policiers en question en vue d’obtenir des éléments de preuve. Cette technique comprenait le recours délibéré et répété à l’intimidation, aux menaces et à la violence, combiné à ce qui ne pourrait être décrit que comme une violation systématique des droits constitutionnels des détenus — y compris la négation de leur droit à l’assistance d’un avocat. [En effet, la conduite reprochée en l’espèce pourrait bien être qualifiée de « torture » au sens du par. 269.1(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.] Il serait naïf de croire qu’une conduite aussi répréhensible de la part des policiers en question n’ait été qu’un incident isolé.

Les tribunaux ne doivent pas fermer les yeux sur de telles techniques d’interrogatoire. La réalité des services de police ne ressemble pas à ce que l’on voit dans les séries télévisées. Ce qui s’est produit, dans le cas présent, entache la réputation des nombreux bons policiers de notre pays, dont le travail est essentiel à la sûreté et à la sécurité de notre société. [Je souligne; par. 43-44.]

[106] Encore une fois, ces conclusions non fondées de torture et de brutalité policière ont été largement rapportées dans les médias. Elles ont également donné lieu à des enquêtes supplémentaires. L’UES

Ontario Provincial Police undertook an administrative review. However, like the TPSPS Unit, both concluded that the allegations of assault could not be substantiated.

[107] The police officers commenced an action against the Attorney General of Ontario for the alleged misconduct of his prosecutors. They alleged that they had suffered psychological harm and irreparable damage to their reputations as a result of that misconduct. They sought a declaration that they had not assaulted Maharaj and Singh, \$500,000 in general damages for negligence and misfeasance in public office, and \$250,000 in punitive damages for each of them.

[108] The Attorney General of Ontario filed a motion to strike their statement of claim, arguing that prosecutorial immunity protects prosecutors against claims for negligence and misfeasance in public office and claims brought by third parties to a criminal prosecution. (The Superior Court's decision to strike out the negligence claim brought by the police officers was upheld by the Court of Appeal. However, the officers are not appealing that decision to this Court.)

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2017 ONSC 3683 (Stinson J.)*

[109] Stinson J. struck out the police officers' negligence claim on the ground that there was no duty of care, but he allowed the claim for misfeasance in public office to continue. After reviewing the existing case law on prosecutorial immunity, he held that it was not plain and obvious that it definitively barred all claims by all persons against Crown attorneys other than claims by former accused persons for malicious prosecution or wrongful non-disclosure. Therefore, it was not plain and obvious that the

a rouvert son enquête et la Police provinciale de l'Ontario a entrepris un examen administratif. Cependant, à l'instar de l'UNP, elles ont toutes deux conclu que les allégations d'agression n'étaient pas fondées.

[107] Les policiers ont intenté une action contre le procureur général de l'Ontario fondée sur l'inconduite alléguée des poursuivants. Les policiers soutiennent que cette inconduite leur a occasionné des préjudices psychologiques et a causé des dommages irréparables à leur réputation. Ils cherchent à obtenir un jugement déclarant qu'ils n'ont pas agressé Maharaj et Singh, 500 000 \$ en dommages-intérêts généraux pour négligence et faute dans l'exercice d'une charge publique et 250 000 \$ en dommages-intérêts punitifs pour chacun d'eux.

[108] Le procureur général de l'Ontario a déposé une motion en radiation de leur déclaration, soutenant que l'immunité du poursuivant protège ces derniers contre les allégations de négligence et de faute dans l'exercice d'une charge publique, et contre les actions intentées par des tierces parties à des procédures criminelles. (La décision de la Cour supérieure de radier l'action intentée par les policiers pour négligence a été confirmée par la Cour d'appel. Cependant, les policiers n'en appellent pas de cette décision devant la Cour.)

III. Décisions des juridictions d'instances inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2017 ONSC 3683 (le juge Stinson)*

[109] Le juge Stinson a déclaré irrecevable l'action intentée par les policiers en raison de l'absence d'une obligation de diligence, mais il a autorisé l'exercice de l'action fondée sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. Après avoir étudié la jurisprudence sur l'immunité du poursuivant, il a déclaré qu'il n'était pas évident et manifeste qu'elle écartait, de manière définitive, toute action intentée par qui que ce soit contre des procureurs de la Couronne, à l'exception des actions intentées par d'anciens

officers' claim for misfeasance was barred by the immunity.

[110] Stinson J. found that the respondent police officers had “pleaded the essential elements of the tort of misfeasance in public office by asserting knowing, deliberate, and unlawful disregard of official duty coupled with knowledge that the misconduct [was] likely to injure the plaintiffs” (para. 149 (CanLII)). Thus, he refused to strike out their misfeasance claim.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (Lauwers, Huscroft and Trotter J.J.A.)*

[111] The Court of Appeal upheld the decision rendered by Stinson J. It also concluded that prosecutorial immunity does not extend to misfeasance in public office. In the court's view, the liability threshold for misfeasance is high enough, as it requires claimants to show the presence of bad faith or improper motives. Thus, the policy considerations relating to diversion from public duties and the risk of a chilling effect on Crown prosecutors are not an impediment to displacing the immunity.

[112] The Court of Appeal also agreed with Stinson J. that the officers had pleaded all the essential elements of misfeasance.

IV. Issues

[113] This appeal raises two issues:

(a) whether prosecutorial immunity applies in this case;

accusés pour poursuites abusives ou pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Il n'était donc pas évident et manifeste que l'immunité rendait irrecevable l'action fondée sur le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique intentée par les policiers.

[110] Le juge Stinson a conclu que les policiers avaient [TRADUCTION] « plaidé les éléments essentiels du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique en invoquant la connaissance, le caractère délibéré et l'illégitimité du non-respect des devoirs attachés à une fonction officielle conjuguée au fait de savoir que l'inconduite [serait] vraisemblablement préjudiciable aux demandeurs » (par. 149 (CanLII)). Il a donc refusé de radier l'action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2019 ONCA 311, 56 C.C.L.T. (4th) 1 (les juges Lauwers, Huscroft et Trotter)*

[111] La Cour d'appel a confirmé la décision rendue par le juge Stinson. Elle a aussi conclu que l'immunité du poursuivant ne s'appliquait pas en cas de faute dans l'exercice d'une charge publique. De l'avis de la cour, le seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l'exercice d'une charge publique est suffisamment élevé, puisqu'il exige des demandeurs qu'ils démontrent la présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes. Ainsi, les considérations d'intérêt public relatives aux risques que les procureurs de la Couronne soient détournés de leurs fonctions publiques et le risque que leur travail soit sujet à un effet paralysant ne constituent pas un obstacle à la levée de l'immunité.

[112] La Cour d'appel a également souscrit à l'avis du juge Stinson selon lequel les policiers avaient plaidé tous les éléments essentiels du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique.

IV. Questions en litige

[113] Le présent pourvoi soulève deux questions :

a) L'immunité du poursuivant s'applique-t-elle en l'espèce?

(b) if the immunity does not apply, whether the respondent police officers have pleaded all the essential elements of misfeasance in public office.

V. Analysis

A. *Introduction*

[114] Historically, the position in common law provinces regarding prosecutorial immunity “rang[ed] from a strong assertion of absolute immunity in Ontario to an acceptance of the possibility of suing” prosecutors acting in bad faith or with malice in Nova Scotia and Alberta (*Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 181). In *Nelles*, this Court refused to grant an absolute immunity to prosecutors and qualified the immunity by acknowledging the existence of one exception: the tort of malicious prosecution. In *Henry*, this Court then added a second exception: wrongful non-disclosure. Those two exceptions allow only accused persons to bring claims against prosecutors. The question before us is whether the immunity applies to claims for misfeasance in public office brought by police officers.

[115] The Court of Appeal was of the view that prosecutorial immunity bars negligence claims but not claims for misfeasance in public office brought by police officers. The Attorney General of Ontario asks this Court to reverse that conclusion and to confirm that the immunity bars all claims except claims for malicious prosecution and wrongful non-disclosure made by *accused persons*. Therefore, third parties to a prosecution would be absolutely barred from bringing any claims. Among other things, the Attorney General of Ontario argues that the tort of misfeasance in public office “lacks a sufficiently high liability threshold and other safeguards this Court has found are required before prosecutorial immunity can be displaced” (A.F., at para. 43).

b) Si l’immunité ne s’applique pas, les policiers intimés ont-ils plaidé tous les éléments essentiels du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique?

V. Analyse

A. *Introduction*

[114] Historiquement, la position dans les provinces de common law quant à l’immunité du poursuivant « vari[ait] entre une reconnaissance non équivoque de l’immunité absolue, en Ontario, et l’acceptation de la possibilité de poursuivre » les poursuivants qui agissent de mauvaise foi ou par malveillance en Nouvelle-Écosse et en Alberta (*Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 181). Dans l’arrêt *Nelles*, la Cour a refusé d’accorder une immunité absolue aux poursuivants et l’a limitée en reconnaissant l’existence d’une exception : le délit civil de poursuites abusives. Dans l’arrêt *Henry*, la Cour a établi une deuxième exception : le défaut injustifié de communiquer des renseignements. Ces deux exceptions permettent seulement aux accusés d’intenter des actions contre les poursuivants. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si l’immunité s’applique dans le cas d’une action intentée par des policiers pour délit de faute dans l’exercice d’une charge publique.

[115] La Cour d’appel a été d’avis que l’immunité du poursuivant fait obstacle aux actions intentées pour négligence, mais non à celles intentées par des policiers pour délit de faute dans l’exercice d’une charge publique. Le procureur général de l’Ontario demande à la Cour d’infirmar cette conclusion et de confirmer que l’immunité fait obstacle à toutes les actions, à l’exception de celles intentées par des *accusés* pour poursuites abusives et pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Par conséquent, il serait absolument interdit aux tierces parties à une poursuite d’intenter quelque action que ce soit. Entre autres choses, le procureur général de l’Ontario plaide que le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique [TRADUCTION] « ne comporte pas un seuil de responsabilité suffisamment élevé, de même que d’autres garanties que la Cour a jugées essentielles avant que l’immunité du poursuivant puisse être levée » (m.a., par. 43).

[116] As for the respondent police officers, they argue that the immunity does not bar *third parties such as police officers* from bringing claims for misfeasance in public office against prosecutors. In their view, the liability threshold for misfeasance is sufficiently high to prevent the policy rationale for the immunity from being undermined.

[117] The scope of prosecutorial immunity is a matter of policy (*Nelles*, at p. 199; *Henry*, at para. 32). The protection of prosecutorial independence is the cornerstone of this principle and is constitutionally entrenched in s. 7 of the *Charter* (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paras. 32 and 46; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 26). I acknowledge that this principle seeks to protect the public office of prosecutor by preventing undue interference in the discharge of prosecutorial functions. Prosecutorial independence translates into two policy concerns which are meant to gauge the “risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice” (*Henry*, at para. 76). These twin policy concerns, when engaged, weigh against expanding the scope of prosecutorial liability.

[118] The first concern is the risk of creating a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion. Fear of civil liability may lead to defensive lawyering by prosecutors, with the result that their decisions will be “motivated less by legal principle than by a calculated effort to ward off the spectre of liability” (*Henry*, at para. 73). This undermines the objectiveness of prosecutorial decision-making by introducing considerations extraneous to their public duties (para. 73).

[119] The second concern is the risk of diverting prosecutors from their public duties. Expansion of prosecutorial liability risks forcing prosecutors to “spen[d] much of their limited time and energy responding to lawsuits rather than doing their jobs”

[116] Les policiers intimés font valoir pour leur part que l’immunité n’empêche pas les *tierces parties comme les agents de police* d’intenter des actions contre des poursuivants pour délit de faute dans l’exercice d’une charge publique. Selon eux, le seuil de responsabilité applicable en cas de délit de faute est suffisamment élevé pour éviter que soit compromis le fondement d’intérêt public qui sous-tend l’immunité.

[117] La portée de l’immunité du poursuivant est une question d’intérêt public (*Nelles*, p. 199; *Henry*, par. 32). La protection de l’indépendance du poursuivant, qui est la pierre angulaire de ce principe, est constitutionnalisée par l’art. 7 de la *Charte* (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32 et 46; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983, par. 26). Je reconnais que ce principe vise à protéger la charge publique du poursuivant en empêchant toute ingérence indue dans l’exercice de ses fonctions. L’indépendance du poursuivant soulève deux considérations d’intérêt public qui doivent être prises en compte pour apprécier le « risque d’entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d’exercer en toute liberté leurs fonctions dans l’intérêt de l’administration de la justice » (*Henry*, par. 76). Lorsqu’elles entrent en jeu, ces deux considérations militent contre l’élargissement de la portée de la responsabilité du poursuivant.

[118] La première de ces considérations est le risque de créer un effet paralysant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Cette crainte pourrait amener les poursuivants à adopter une approche défensive de telle sorte que leurs décisions soient « motivées moins par les principes juridiques que par des efforts calculés pour se prémunir contre le spectre de la responsabilité » (*Henry*, par. 73). Ceci minerait l’objectivité de leur prise de décisions en matière de poursuites en y introduisant des considérations étrangères à l’exercice de leurs fonctions publiques (par. 73).

[119] La deuxième de ces considérations est le risque que les poursuivants soient détournés de leurs fonctions publiques. L’élargissement de leur responsabilité pourrait les obliger à « consac[rer] beaucoup de leur temps et de leur énergie limités à se défendre

(*Henry*, at para. 72). The rationale underlying the diversion concern is that “[t]he collective interest of Canadians is best served when Crown counsel are able to focus on their primary responsibility — the fair and effective prosecution of crime” (para. 72).

[120] Although the policy concerns with respect to the chilling effect and diversion are real, they must not be invoked like a mantra to justify the application of prosecutorial immunity in every situation not falling within the exceptions recognized for the benefit of accused persons. These policy concerns should not be considered in the abstract, but rather in light of the particular liability threshold applicable to the tort at issue. A high liability threshold attenuates considerably the risks of creating a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion and of diverting prosecutors from their public duties in order to defend against civil actions, because a high threshold limits the risk of a flood of cases. The lower the number of cases, the less chilled the exercise of prosecutorial discretion will be and the less diverted prosecutors will be from their duties. Thus, a high threshold mitigates to a large extent the policy concerns in favour of a wide immunity.

[121] Because the twin policy concerns can be accommodated through a high threshold, the analysis should not be overly centred on them. Instead, a two-step analysis should be used to decide whether prosecutorial immunity should be applied in other situations. The first step requires determining whether there are cogent policy reasons for piercing the immunity. Once this is established, the second step requires determining whether the liability threshold for the tort at issue is high enough to tamp down the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence.

contre des poursuites plutôt qu’à faire leur travail » (*Henry*, par. 72). Le raisonnement qui sous-tend cette considération est que « [l]’intérêt collectif des Canadiens et Canadiennes est mieux servi lorsque les avocats du ministère public peuvent se concentrer sur leur responsabilité première : la poursuite équitable et efficace des criminels » (par. 72).

[120] Les considérations d’intérêt public que sont l’effet paralysant et le détournement des fonctions sont certes réelles, mais elles ne doivent pas être invoquées comme un mantra pour justifier l’application de l’immunité du poursuivant dans toutes les circonstances qui ne tombent pas sous le coup des exceptions reconnues dont bénéficient les accusés. Ces considérations d’intérêt public ne devraient pas être examinées dans l’abstrait, mais plutôt en tenant compte du seuil de responsabilité qui s’applique au délit en cause. Un seuil de responsabilité élevé atténue considérablement les risques de créer un effet paralysant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et de détourner les poursuivants de leurs fonctions publiques pour se défendre contre des poursuites civiles, car un seuil élevé limite le risque qu’il y ait une avalanche de poursuites. Moins il y a de poursuites, moins le pouvoir discrétionnaire sera paralysé et moins les poursuivants seront détournés de leurs fonctions. Par conséquent, un seuil élevé atténue dans une large mesure les considérations d’intérêt public qui militent en faveur d’une immunité élargie.

[121] Puisque les deux considérations d’intérêt public en cause peuvent être atténuées par l’existence d’un seuil élevé de responsabilité, l’analyse ne doit pas être trop centrée sur elles. Il faut plutôt procéder à une analyse en deux étapes pour déterminer si l’immunité du poursuivant doit être appliquée dans d’autres circonstances. La première étape consiste à se demander s’il existe des raisons d’intérêt public convaincantes qui justifieraient la levée de l’immunité. Si de telles raisons existent, la deuxième étape consiste à déterminer si le seuil de responsabilité à l’égard du délit en cause est assez élevé pour atténuer les risques liés aux deux considérations d’intérêt public et préserver l’indépendance du poursuivant.

[122] First, I will demonstrate that there are cogent policy reasons for not applying the immunity in a case where police officers suffered serious damage arising from unlawful and deliberate prosecutorial misconduct. It is not plain and obvious that the alleged prosecutorial misconduct in this case is anything less than shocking. It put the police officers unfairly at risk of disciplinary, civil and criminal liability, and it allegedly caused them severe psychological and reputational harm for which they had no meaningful remedy. This case cries out for a remedy. Public confidence in the administration of justice requires nothing less than that prosecutors be held accountable for their misconduct. In my view, the immunity does not apply in this case and the police officers should be allowed to vindicate their reputations. Common law courts must be responsive to obvious injustice and must make the rules evolve within the constraints of precedent.

[123] Second, I will explain that the liability threshold for misfeasance in public office, as defined in *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, places the bar high enough to mitigate the twin policy concerns and preserve prosecutorial independence.

[124] Finally, I will apply this legal reasoning to the facts alleged in the statement of claim filed by the respondent police officers.

B. *Policy Considerations*

[125] In my opinion, there are four policy reasons that justify not applying prosecutorial immunity in this case: (1) the tactical nature of the decisions involved; (2) the significance of the interests at stake; (3) the lack of meaningful alternative remedies and accountability mechanisms; and (4) public confidence in the office of prosecutor and in the police.

[122] En premier lieu, je démontrerai qu'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes de ne pas appliquer l'immunité dans un cas où des policiers ont subi de graves préjudices parce que le poursuivant a agi de manière délibérée et illégitime. Il n'est pas évident et manifeste que la présumée inconduite des poursuivants en l'espèce est tout sauf choquante. Elle a exposé injustement les policiers au risque de faire l'objet de mesures disciplinaires et de voir engager leur responsabilité civile et criminelle; elle leur aurait également causé de graves préjudices psychologiques et aurait nui grandement à leur réputation sans qu'ils disposent d'une réparation significative. Or, la présente affaire commande qu'une réparation soit accordée. Pour que le public ait confiance dans l'administration de la justice, il faut à tout le moins que les poursuivants soient tenus responsables de leur inconduite. À mon avis, l'immunité ne s'applique pas en l'espèce et les policiers devraient pouvoir rétablir leur réputation. Les tribunaux de common law doivent prendre acte de toute injustice manifeste et faire évoluer les règles en tenant compte des limites imposées par la jurisprudence.

[123] En deuxième lieu, j'expliquerai que le seuil de responsabilité applicable aux cas de délit de faute dans l'exercice d'une charge publique, tel qu'il est défini dans l'arrêt *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, est suffisamment élevé pour atténuer les risques liés aux deux considérations d'intérêt public et préserver l'indépendance du poursuivant.

[124] Enfin, j'appliquerai ce raisonnement juridique aux faits allégués dans la déclaration déposée par les policiers intimés.

B. *Considérations d'intérêt public*

[125] À mon avis, il existe quatre raisons d'intérêt public justifiant de ne pas appliquer l'immunité du poursuivant dans la présente affaire : (1) la nature stratégique des décisions en cause; (2) l'importance des intérêts en jeu; (3) l'absence d'autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs; et (4) la confiance du public dans la fonction de poursuivant et dans la police.

(1) Core Prosecutorial Discretion

[126] First of all, the principle of prosecutorial independence does not apply to decisions pertaining to the handling of allegations of police brutality, because they are, in general, tactical decisions falling outside the core of prosecutorial discretion. Therefore, this principle does not lead to the conclusion that the prosecutors are immunized in this case.

[127] The principle of prosecutorial independence seeks to protect first and foremost the core of prosecutorial discretion. This core includes decisions about the “nature and extent of the prosecution” (*Krieger*, at para. 47; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 40). For example, decisions (1) to press charges, (2) to enter a stay of proceedings, (3) to enter into a plea bargain, (4) to withdraw from proceedings and (5) to take control of a private prosecution are all core prosecutorial decisions (*Krieger*, at para. 46; see also *Anderson*, at paras. 40 and 44). Only such core decisions are protected from improper influence; they deserve deference, unless they amount to an abuse of process or malicious conduct (*Krieger*, at paras. 43, 45 and 49; *Anderson*, at paras. 46-48).

[128] It is important to distinguish prosecutorial discretion protected by the Constitution from tactical decisions made by prosecutors and their conduct before the court (*Krieger*, at para. 50; *Anderson*, at para. 35). In contrast, decisions that do not pertain to the nature and extent of the prosecution, such as tactical decisions, fall outside the scope of core prosecutorial discretion (*Krieger*, at para. 47). As a result, such decisions are subject to the court’s inherent power to control its own processes and do not deserve the same level of deference as core prosecutorial decisions (*Anderson*, at paras. 57 and 61). Therefore, interfering with tactical decisions does

(1) Pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites

[126] Tout d’abord, le principe de l’indépendance du poursuivant ne s’applique pas aux décisions portant sur le traitement d’allégations de brutalité policière, car il s’agit, en général, de décisions stratégiques qui ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Par conséquent, ce principe ne permet pas de conclure que les poursuivants bénéficient de l’immunité en l’espèce.

[127] Le principe de l’indépendance du poursuivant vise à protéger avant tout les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, qui comprennent les décisions concernant la « nature et l’étendue des poursuites » (*Krieger*, par. 47; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 40). À titre d’exemple, les décisions (1) d’intenter des poursuites, (2) d’ordonner un arrêt des procédures, (3) de négocier sur un plaidoyer, (4) de se retirer de procédures et (5) de prendre en charge des poursuites privées sont des décisions essentielles en matière de poursuites (*Krieger*, par. 46; voir aussi *Anderson*, par. 40 et 44). Seules de telles décisions essentielles sont protégées contre l’influence de considérations inappropriées; elles commandent donc la retenue, à moins qu’elles équivaillent à un abus de procédure ou à une conduite malveillante (*Krieger*, par. 43, 45 et 49; *Anderson*, par. 46-48).

[128] Il importe de faire une distinction entre, d’une part, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui est protégé par la Constitution et, d’autre part, les décisions stratégiques des poursuivants et leur conduite devant le tribunal (*Krieger*, par. 50; *Anderson*, par. 35). En revanche, les décisions qui ne portent pas sur la nature et l’étendue des poursuites, comme les décisions stratégiques, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites (*Krieger*, par. 47). Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure et ne commandent donc pas la même retenue que

not implicate prosecutorial independence to the same extent, and liability for such decisions is not constitutionally problematic.

[129] Misconduct in the handling of allegations of police brutality does not touch upon the core of prosecutorial discretion. The decisions made by prosecutors in dealing with such allegations are, in general, purely tactical — they do not pertain to the nature and extent of the prosecution. In this case, the prosecutors' decisions that are the subject of the respondent police officers' claims are indeed of a tactical nature. The police officers' alleged harm is the result of two things. First, they allegedly suffered harm because of the tactical choice made by the Trial Crown and the Senior Crown not to fully investigate the allegations of assault and to concede the allegations made by Singh in support of his *Charter* application. Second, the police officers take issue with the Appeal Crown's alleged decision to suppress evidence before the Court of Appeal. Those tactical choices led Thorburn J. to make adverse findings of assault and led the Court of Appeal to uphold those findings. This is the crux of the officers' case. The decision of the Trial Crown and the Senior Crown to enter a stay of proceedings in Maharaj's case — a core prosecutorial decision — is thus not at issue. That decision in itself had little impact on the officers.

[130] In any event, any conduct amounting to bad faith or malice falls outside the core and does not engage prosecutorial independence (*Krieger*, at paras. 51-52; *Cawthorne*, at paras. 24-26). Such conduct is subject to disciplinary or judicial review

les décisions essentielles en matière de poursuites (*Anderson*, par. 57 et 61). Par conséquent, le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas mis en jeu au même degré lorsque les tribunaux interfèrent avec des décisions stratégiques, et la responsabilité découlant de telles décisions ne constitue pas un problème sur le plan constitutionnel.

[129] L'inconduite dans le traitement d'allégations de brutalité policière ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. La manière dont les poursuivants traitent de telles allégations constitue, en général, un choix purement stratégique — qui ne porte pas sur la nature et l'étendue de la poursuite. En l'espèce, les décisions des poursuivants qui font l'objet des reproches formulés par les policiers intimés sont effectivement des décisions de nature stratégique. Le préjudice qu'auraient subi les policiers a été causé par deux facteurs. Premièrement, ils auraient subi un préjudice en raison du choix stratégique qu'ont fait la procureure de la Couronne au procès et le procureur principal de la Couronne de ne pas examiner à fond les allégations d'agression et d'admettre celles formulées par Singh au soutien de sa demande fondée sur la *Charte*. Deuxièmement, les policiers reprochent à la procureure de la Couronne en appel d'avoir caché à la Cour d'appel l'existence de certains éléments de preuve. Ces choix stratégiques ont amené le juge Thorburn à tirer des conclusions défavorables à l'égard des allégations d'agression, lesquelles conclusions ont par la suite été confirmées par la Cour d'appel. Ces choix sont au cœur de l'argumentation des policiers. La décision de la procureure de la Couronne au procès et du procureur principal de la Couronne de demander un arrêt des procédures dans l'affaire intéressant Maharaj — qui est une décision essentielle en matière de poursuites — n'est donc pas en cause. Cette décision en soi a eu peu d'incidence sur les policiers.

[130] Quoi qu'il en soit, toute conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malveillance dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites et ne fait pas intervenir le principe de l'indépendance du poursuivant (*Krieger*,

in every case. Only good faith decisions enjoy protection.

[131] Thus, the principle of prosecutorial independence is not sufficient in itself to prevent the imposition of liability for such tactical decisions.

(2) Significance of the Interests at Stake

[132] Where important interests are at stake, this may justify not applying prosecutorial immunity. So far, this Court has found that the significance of the interests of accused persons may prevent the application of the immunity. The tort of malicious prosecution was sanctioned in *Nelles* out of a desire to vindicate an accused's rights to liberty, security and a fair trial that can be jeopardized by a prosecutor's misconduct. The cause of action in wrongful non-disclosure developed in *Henry* was designed to vindicate the right of accused persons to full disclosure under s. 7 of the *Charter* by allowing them to bring claims for *Charter* damages against prosecutors. Those two causes of action added layers of protection to those important interests.

[133] In this case, the police officers also had significant interests at stake in terms of their potential disciplinary, civil and criminal liability, their right to liberty and security, their right to dignity and a good reputation, and their mental health. Pursuant to the legal maxim *ubi jus, ibi remedium* — meaning “where there is a right, there is a remedy” — the law of prosecutorial immunity must provide a remedy for the impairment of these interests. The common law cannot sit idly by and remain silent in the face of injustice.

[134] Even though they were not formally charged, the three officers were, in essence, accused of having

par. 51-52; *Cawthorne*, par. 24-26). Dans tous les cas, une telle conduite est susceptible de faire l'objet de mesures disciplinaires ou d'un contrôle judiciaire. Seules les décisions prises de bonne foi bénéficient d'une protection.

[131] En conséquence, le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas suffisant en soi pour empêcher que des poursuivants soient tenus responsables à l'égard de telles décisions stratégiques.

(2) Importance des intérêts en jeu

[132] Lorsque des intérêts en jeu sont importants, il peut être justifié de ne pas appliquer l'immunité. À ce jour, la Cour a établi que l'importance des intérêts des accusés peut empêcher l'application de l'immunité. La cause d'action fondée sur le délit civil de poursuites abusives a été consacrée par l'arrêt *Nelles* dans le but de protéger les droits des accusés à la liberté, à la sécurité et à un procès équitable, qui peuvent être compromis par l'inconduite d'un poursuivant. La cause d'action fondée sur le défaut injustifié de communiquer des renseignements qui a été articulée dans l'arrêt *Henry* visait à faire valoir le droit de l'accusé à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 de la *Charte* en lui permettant de présenter une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* à l'encontre du poursuivant. Ces deux causes d'action ont offert une protection supplémentaire à ces intérêts importants.

[133] En l'espèce, les intérêts en jeu pour les policiers — soit le risque de faire l'objet de mesures disciplinaires et de voir engager leur responsabilité civile et criminelle, leur droit à la liberté et à la sécurité, leur droit à la dignité et à une bonne réputation, et leur santé mentale — étaient également importants. Selon la maxime juridique *ubi jus, ibi remedium* — qui signifie que « là où il y a un droit, il y a un recours » —, la règle de l'immunité du poursuivant doit prévoir une réparation en cas de violation de ces droits. La common law ne saurait demeurer passive et garder le silence face à une injustice.

[134] Même si aucune accusation formelle n'a été portée contre les trois policiers, on les accusait

committed serious criminal offences, namely of having violently assaulted and tortured defenceless suspects. Indeed, the Court of Appeal described their alleged actions as a “deliberate and repeated use of intimidation, threats and violence” and went so far as to characterize them as *torture* within the meaning of s. 269.1(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (Singh’s sentencing appeal, at para. 43).

[135] The factual findings of assault made by Thorburn J. and subsequently upheld by the Court of Appeal exposed the police officers to disciplinary, civil and criminal liability and jeopardized their professional futures. A judgment in a criminal case is admissible as evidence in other proceedings to prove its findings and conclusions (*British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657, at para. 7). The doctrines of comity and abuse of process make courts reluctant to depart from prior judicial determinations, even if they are not conclusive and binding, for fear of rendering contradictory decisions that may tarnish the reputation of the administration of justice. Therefore, the officers could have been disciplined, sued or prosecuted on the basis of those findings, and they would have faced the difficult task of rebutting findings expressed in such strong language. Thorburn J. in fact urged the Crown on two separate occasions to investigate and punish the officers (decision on Singh’s stay application, at para. 52; Singh’s sentencing decision, at paras. 2 and 64), and this was reiterated by the Court of Appeal in unequivocal terms during the hearing of Singh’s appeal:

THE COURT: So, the state of the bidding is, we have a case where there’s evidence led of what could only be described as thuggery, systemic thuggery by the police . . .

essentiellement d’avoir commis des actes criminels graves, soit d’avoir violemment agressé et torturé des suspects sans défense. En effet, la Cour d’appel a décrit les gestes qui leur sont reprochés comme étant un [TRADUCTION] « recours délibéré et répété à l’intimidation, aux menaces et à la violence », allant même jusqu’à qualifier ces gestes de *torture* au sens du par. 269.1(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (appel de la sentence de Singh, par. 43).

[135] Les conclusions de fait qui ont été tirées par la juge Thorburn à l’égard des allégations d’agression, et qui ont par la suite été confirmées par la Cour d’appel, ont exposé les policiers au risque de faire l’objet de mesures disciplinaires et de voir engager leur responsabilité civile et criminelle, ainsi que de voir leur avenir professionnel mis en péril. Un jugement rendu dans une affaire criminelle antérieure est admissible en preuve dans d’autres procédures et fait foi des conclusions du juge (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657, par. 7). En raison du principe de la courtoisie et de la doctrine de l’abus de procédure, les tribunaux sont peu disposés à s’écarter de décisions judiciaires antérieures, même si elles ne sont pas définitives et n’ont pas force obligatoire, car ils craignent de rendre des décisions contradictoires qui pourraient ternir la réputation de l’administration de la justice. Par conséquent, les policiers auraient pu faire l’objet de mesures disciplinaires, d’actions civiles ou de poursuites criminelles fondées sur ces conclusions, et ils auraient eu la tâche difficile de réfuter des conclusions qui avaient été exprimées avec autant de vigueur. De fait, la juge Thorburn a incité la Couronne à deux reprises à mener une enquête et à punir les policiers (décision sur la demande d’arrêt des procédures de Singh, par. 52; décision sur la peine de Singh, par. 2 et 64), ce que la Cour d’appel a répété en termes non équivoques durant l’audition de l’appel de Singh :

[TRADUCTION]

LA COUR : Alors, l’état des choses est que nous nous trouvons devant un cas avec des éléments de preuve qui ne peuvent être décrits que comme de la brutalité, de la brutalité systémique de la part des policiers . . .

... speaking for myself this would be, in terms of the appropriate remedy, it would be a very different case if people, if everybody had been called to account. I'm in favour of prosecuting all criminals, even the ones who are wearing uniforms. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at pp. 428 and 430)

[136] Thus, the police officers' right to liberty and security may not have been directly at stake during the first criminal proceedings, but subsequent criminal proceedings against them were potentially waiting around the corner, with their right to liberty and security hanging in the balance. In such proceedings, adverse findings of police brutality would, for example, make the officers' burden of proving the reasonableness of the use of force or self-defence much more difficult (*Criminal Code*, ss. 25 and 34).

[137] Moreover, findings of police brutality can have a profound impact on the dignity, professional life, reputation and mental health of police officers. Although the right to a good reputation is not specifically mentioned in the *Charter*, it is reflected in "the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights", and it is a right that plays a fundamental role in our democratic society (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 120; see also *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 18). As Cory J. emphasized, however, reputation is fragile and can easily be shattered irremediably:

Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring

... pour ma part, la réparation qu'il convient d'accorder serait très différente si les personnes impliquées — toutes les personnes — avaient été tenues responsables. Je suis d'avis que tous les criminels doivent être poursuivis, même ceux qui portent un uniforme. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 428 et 430)

[136] En conséquence, même si le droit à la liberté et à la sécurité des policiers n'a peut-être pas été directement mis en jeu lors des premières poursuites criminelles, il existe un risque que des poursuites criminelles subséquentes soient engagées, ce qui pourrait compromettre leur droit à la liberté et à la sécurité. Dans le cadre de telles poursuites, des conclusions défavorables de brutalité policière, par exemple, alourdiraient nettement le fardeau des policiers de prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables d'employer la force ou qu'ils avaient agi en légitime défense (*Code criminel*, art. 25 et 34).

[137] Qui plus est, des conclusions de brutalité policière peuvent avoir de graves répercussions sur la dignité, la vie professionnelle, la réputation et la santé mentale des policiers. Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu reflète « sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte* », et le droit à la bonne réputation joue un rôle fondamental dans notre société démocratique (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 120; voir aussi *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 18). Or, comme l'a souligné le juge Cory, la réputation d'un individu est fragile et peut facilement être irrémédiablement détruite :

Les démocraties ont toujours reconnu et révéral'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à

that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited.

(*Hill*, at para. 108; see also *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 92; and *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645, at para. 1.)

[138] A reputation of trustworthiness and integrity is the cornerstone of many professions and callings, such as that of police officer (*Botiuk*, at para. 92). When police officers see their reputations tarnished by false allegations of serious misconduct, as in this case, it hampers their capacity to fulfill their calling as police officers, which, in turn, damages their “sense of identity, self-worth and emotional well-being” (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368). Indeed, a powerful calling like being a police officer is often “one of the defining features of their lives” (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 94). Any impact on the police officers’ reputations may cause them significant psychological harm, which the officers allege they have suffered in this case.

[139] In brief, the significance of the interests at stake for the police officers weighs in favour of a conclusion that prosecutorial immunity does not apply.

(3) Lack of Meaningful Alternative Remedies and Accountability Mechanisms

[140] The existence of alternative remedies or accountability mechanisms militates against displacing the immunity (*Nelles*, at p. 198). However, if those alternative remedies or mechanisms are not meaningful or are insufficient to “address the central issue of making the victim whole again”, this indicates that the immunity should not apply (p. 198).

[141] In this case, the available alternatives are unable to make the victims whole again. Only exculpatory findings made by a civil court can restore the police officers’ tarnished reputations, and only

s’assurer que ses membres puissent jouir d’une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu’ils en sont dignes.

(*Hill*, par. 108; voir aussi *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 92; et *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645, par. 1.)

[138] Une réputation d’être digne de confiance et intègre est la pierre angulaire de nombreuses professions et vocations, dont celle de policier (*Botiuk*, par. 92). Lorsque de fausses allégations d’inconduite grave ternissent leur réputation, comme c’est le cas en l’espèce, ceci entrave la capacité des policiers à réaliser leur vocation, ce qui, à son tour, affecte leur « sens de l’identité [. . .], [leur] valorisation et [leur] bien-être sur le plan émotionnel » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368). En effet, une vocation aussi puissante que celle d’être policier est souvent « l’une des caractéristiques déterminantes de leur vie » (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 94). Toute répercussion sur la réputation des policiers est susceptible de leur causer un préjudice psychologique important, ce que les policiers allèguent avoir subi en l’espèce.

[139] En somme, l’importance des intérêts en jeu pour les policiers milite en faveur d’une conclusion que l’immunité du poursuivant ne s’applique pas.

(3) Absence d’autres recours et mécanismes de reddition de compte significatifs

[140] L’existence d’autres recours ou mécanismes de reddition de compte milite contre la levée de l’immunité (*Nelles*, p. 198). Toutefois, si ces autres recours ou mécanismes ne sont pas significatifs ou sont insuffisants pour atteindre « le but principal qui est de remettre la victime dans son état antérieur », l’immunité ne devrait pas s’appliquer (p. 198).

[141] En l’espèce, les recours et mécanismes qui existent ne permettent pas de remettre les victimes dans leur état antérieur. Seules des conclusions disculpatoires tirées par un tribunal civil pourraient

damages can truly compensate for the impact on their careers and the reputational and psychological harm they have suffered.

[142] The Attorney General of Ontario identifies, among other things, the prospect of disciplinary proceedings against the Trial Crown, the Senior Crown and the Appeal Crown before the Law Society as well as administrative sanctions from their employer, the Attorney General, as meaningful alternative accountability mechanisms. However, nothing indicates here that the Attorney General or the Law Society has sanctioned the prosecutors.

[143] And even if such sanctions had been imposed, they would not have made the police officers whole again. Findings of misconduct made by the Attorney General or the Law Society would have provided little remedy for the officers. Findings made by such administrative decision makers carry little weight in comparison with prior judicial determinations of police brutality and torture made by a criminal court. They generally receive little media attention and enjoy little gravitas. In the sphere of public opinion, where reputations are made and destroyed, the decisions of a superior court or a provincial criminal court enjoy wider media coverage.

[144] The TPSPS Unit's report provides a good example. Despite its unambiguous exculpatory findings, it went under the radar and did not prevent the Court of Appeal from upholding Thorburn J.'s findings and declaring that the police officers had tortured and brutalized defenceless suspects. As a result, the police officers claim that those findings are still often brought up when they testify in court, making them subject to ridicule and contempt and endlessly perpetuating their punishment.

redonner son lustre à la réputation ternie des policiers, et seuls des dommages-intérêts pourraient véritablement compenser les conséquences qu'a eues cette affaire sur leur carrière, ainsi que le tort qui a été causé à leur réputation et le préjudice psychologique qu'ils ont subi.

[142] Le procureur général de l'Ontario fait notamment observer que les procédures disciplinaires qui pourraient être engagées devant le Barreau à l'encontre de la procureure de la Couronne au procès, du procureur principal de la Couronne et de la procureure de la Couronne en appel ainsi que les sanctions administratives que pourrait leur infliger leur employeur — le procureur général — sont d'autres mécanismes de reddition de compte satisfaisants. Toutefois, en l'espèce, rien n'indique que le procureur général ou le Barreau ont infligé des sanctions aux poursuivants.

[143] Cela dit, même si ces institutions avaient infligé des sanctions, celles-ci n'auraient pas remis les policiers dans leur état antérieur. Une conclusion du procureur général ou du Barreau selon laquelle les procureurs ont mal agi n'aurait pas eu un grand effet réparateur sur les policiers. Les conclusions tirées par de tels décideurs administratifs ont peu de poids comparativement aux décisions antérieures d'un tribunal criminel quant à l'existence de brutalité policière et de torture. Ces conclusions ne suscitent généralement pas l'attention des médias et n'ont pas le même caractère solennel. Dans l'opinion publique, où les réputations sont construites et détruites, les conclusions d'une cour supérieure ou d'une cour provinciale criminelle font l'objet d'une plus grande couverture médiatique.

[144] Le rapport de l'UNP est un bon exemple. Malgré ses conclusions disculpatoires dénuées de toute ambiguïté, ce rapport est passé inaperçu et n'a pas empêché la Cour d'appel de confirmer les conclusions de la juge Thorburn et de déclarer que les policiers avaient torturé et brutalisé des suspects sans défense. En conséquence, les policiers soutiennent que ces conclusions sont encore souvent évoquées lorsqu'ils témoignent en cour, ce qui les expose au ridicule et au mépris et perpétue sans cesse le châtement qui les frappe.

[145] In the end, only exculpatory findings made by a civil court which had the benefit of all the evidence and did a thorough analysis can clear the officers' reputations once and for all. In *Day v. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302, the criminal court had found that the police officers committed police brutality during an arrest. The person arrested sued the officers for damages. The officers were then able to adduce more comprehensive evidence to convince the civil court that they had not used excessive force to arrest him (paras. 279-80 and 349). As a result, their reputations were restored by the civil court's findings.

[146] The problem is, however, that this remedy is contingent on the accused person's decision to bring a civil suit against the police. If, like Maharaj and Singh, the accused person decides not to sue the police, the officers are unable to challenge the findings of police brutality in a court of law because prosecutorial immunity deprives them of an autonomous access to the civil courts. The officers thus have to cross their fingers and hope that the accused person brings an action so that they have an opportunity to reverse the findings and restore their reputations. In contrast, if the immunity is displaced and the officers are able to bring their own action against the prosecutors to take issue with the mishandling of the allegations of police brutality, the officers will be in a position to actively vindicate their reputations.

[147] Exculpatory findings can help a great deal in making victims of false allegations whole again. Nonetheless, only money damages can fully place the police officers in the position they would have been in but for the prosecutorial misconduct. Exculpatory findings do not repair the loss of an officer's job, future promotions, or salary if suspended. Such findings may help officers see the future in a brighter light, but they do not account for the past mental distress, anxiety or depression experienced as a result of damaging findings of assault. Being compared to a criminal when one's very job is to track and arrest

[145] Au bout du compte, seules des conclusions disculpatoires tirées par un tribunal civil qui disposerait de l'ensemble de la preuve et qui effectuerait une analyse approfondie pourraient remédier aux atteintes faites à la réputation des policiers une fois pour toutes. Dans l'affaire *Day c. Woodburn*, 2019 ABQB 356, 96 Alta. L.R. (6th) 302, la cour criminelle avait statué que les policiers avaient usé de brutalité lors d'une arrestation. La personne arrêtée a intenté une action en dommages-intérêts contre les policiers. Ces derniers ont alors pu produire des éléments de preuve plus complets pour convaincre le tribunal civil qu'ils n'avaient pas employé une force excessive lors de l'arrestation (par. 279-280 et 349). Les conclusions du tribunal civil ont donc permis de rétablir la réputation des policiers.

[146] Toutefois, le problème qui se pose est que ce recours est subordonné à la décision de l'accusé d'intenter une poursuite civile contre la police. Si, à l'instar de Maharaj et Singh, l'accusé décide de ne pas intenter une telle poursuite, les policiers ne peuvent pas contester des conclusions de brutalité policière devant une cour de justice, car l'immunité du poursuivant les empêche de s'adresser eux-mêmes à un tribunal civil. Les policiers doivent donc se croiser les doigts et espérer que l'accusé intente une poursuite pour qu'ils puissent réfuter de telles conclusions et rétablir leur réputation. En revanche, si l'immunité était levée et si les policiers pouvaient intenter leur propre action contre les poursuivants en contestant le traitement inadéquat des allégations de brutalité policière, ils seraient alors en mesure de demander activement la réparation du tort qui a été causé à leur réputation.

[147] Des conclusions disculpatoires peuvent aider grandement à remettre des victimes de fausses allégations dans leur état antérieur. Néanmoins, seul l'octroi de dommages-intérêts placerait les policiers dans la situation où ils se seraient trouvés, n'eût été l'inconduite du poursuivant. Des conclusions disculpatoires ne permettent pas de remédier à la perte d'un emploi, de possibilités d'avancement professionnel ou de salaire si les policiers ont été suspendus. De telles conclusions peuvent aider les policiers à voir leur avenir sous un meilleur jour, mais elles ne tiennent pas compte de la souffrance psychologique,

criminals is certain to severely damage a police officer's sense of identity and self-worth.

(4) Public Confidence in the Office of Prosecutor and in the Police

[148] Not applying prosecutorial immunity in a case like this one reinforces public confidence in both the office of prosecutor and the police.

[149] In this appeal, the Crown effectively seeks *absolute immunity* against all claims brought by third parties. Thus, the Crown asks us to reject any compromise that involves accepting a limited form of liability while maintaining strong immunity in most cases, like the compromise reached by the courts below. Absolute immunity is, however, inherently suspicious. As emphasized by this Court, absolute immunity is “troubling”, a “startling proposition”, and “strained and difficult to sustain” (*Nelles*, at p. 195, quoting *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A.), at p. 531, and *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.J.), at p. 794).

[150] My colleague Abella J. holds that applying the immunity in this case is necessary to preserve public confidence in the justice system. With respect, I am instead of the view that refusing to apply the immunity and thereby increasing accountability actually strengthen the bonds of trust between a public office and members of the public. Public confidence in the office of prosecutor is better served when prosecutors are made accountable than when they are absolved from any misconduct.

[151] Crown prosecutors are not just any kind of public officers. They are “in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of

de l’anxiété ou de la dépression qu’ils peuvent avoir éprouvées en raison de conclusions préjudiciables d’agression qui ont été tirées à leur égard. Être comparé à un criminel lorsque son travail consiste spécifiquement à traquer et à arrêter des criminels porte forcément sérieusement atteinte au sens de l’identité d’un policier et à sa valorisation.

(4) Confiance du public dans la fonction de poursuivant et la police

[148] Ne pas appliquer l’immunité dans une affaire comme celle qui nous occupe renforce la confiance du public à l’égard à la fois de la fonction de poursuivant et de la police.

[149] Dans le présent pourvoi, la Couronne cherche à obtenir l’*immunité absolue* contre toutes les actions intentées par des tierces parties. Elle nous demande donc de refuser tout compromis qui permettrait une forme limitée de responsabilité tout en maintenant une immunité solide dans la plupart des affaires, comme celui auquel en sont arrivées les juridictions d’instances inférieures. L’immunité absolue est cependant intrinsèquement suspecte. Comme l’a souligné la Cour, l’immunité absolue est « inquiétante », « alarmante », ainsi que « forcée et difficilement justifiable » (*Nelles*, p. 195, citant *Nelles c. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A.), p. 531, et *Bosada c. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.J.), p. 794).

[150] Ma collègue la juge Abella estime qu’il est nécessaire d’appliquer l’immunité en l’espèce pour préserver la confiance du public envers le système de justice. Avec égards, je suis plutôt d’avis que refuser d’appliquer l’immunité et, de ce fait, d’accroître la reddition de comptes, permettrait en fait de renforcer les liens de confiance qui existent entre les titulaires d’une charge publique et les membres du public. La confiance du public envers la fonction de poursuivant est mieux préservée lorsque les poursuivants sont tenus responsables de leurs actes plutôt que d’être absous de toute inconduite.

[151] Les procureurs de la Couronne ne sont pas des fonctionnaires ordinaires. Ils sont « en mesure de connaître l’impact constitutionnel et juridique de

[their] conduct” (*Nelles*, at p. 195). Prosecutors also hold important powers in the criminal justice system. Judges or juries are commonly seen as powerful because they make the ultimate decision. However, prosecutors control the gateway to that system. If a prosecutor declines to press charges, the formal powers of judges and juries are of little use. Further, the way prosecutors present their case can have a crucial influence on the outcome of a proceeding. In this case, the decision made by the Trial Crown to concede the assault allegations dictated the outcome of Singh’s *Charter* application, which included findings of assault and police brutality made against the respondents.

[152] Where public officers hold such a high office, the public expects them to “be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust” (*Nelles*, at p. 195). Instead, prosecutors are granted a broad immunity that “is akin to . . . a license to subvert individual rights” (p. 195). Prosecutors are thus permitted to trample on the careers, dignity, reputations and mental health of police officers. Supposedly, their office is so important that any spectre of liability would prevent them from discharging their public duties. Police officers also hold important powers, but they are nevertheless subject to a high degree of accountability. Yet no one argues that they are unable to discharge their public duties faithfully because of this spectre of liability.

[153] In reality, only malicious prosecutors will fear liability if prosecutorial immunity is displaced to allow claims based on bad faith or malice. Prosecutors who discharge their duties faithfully have nothing to be afraid of (see *Nelles*, at pp. 196-97). This holds true even for prosecutors who are reckless, incompetent, lazy, negligent or unprofessional (see *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, at para. 35; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at paras. 8 and 80-81).

[leur] conduite » (*Nelles*, p. 195). Ils ont également d’importants pouvoirs dans le système de justice criminelle. Les juges et les jurés sont généralement perçus comme étant puissants parce qu’ils rendent les décisions finales. Or, les procureurs contrôlent l’accès à ce système. Si un procureur refuse de porter des accusations, les pouvoirs formels des juges et jurés sont peu utiles. De plus, la manière dont les procureurs présentent leur théorie de la cause peut avoir une incidence déterminante sur l’issue d’une instance. En l’espèce, la décision de la procureure de la Couronne au procès d’admettre les allégations d’agression a été déterminante quant à l’issue de la demande fondée sur la *Charte* de Singh, car elle a amené la cour à conclure que les intimés avaient agressé les suspects et fait preuve de brutalité policière.

[152] Lorsque des fonctionnaires sont investis de telles hautes fonctions, le public s’attend à ce qu’ils soient « tenu[s] à une conduite exemplaire dans l’exercice de [leur] charge publique » (*Nelles*, p. 195). Les poursuivants bénéficient plutôt d’une grande immunité, ce qui « revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels » (p. 195). Les poursuivants peuvent donc porter atteinte à la carrière, à la dignité, à la réputation et à la santé mentale des policiers. Leurs fonctions seraient apparemment si importantes que tout spectre de responsabilité les empêcherait d’exercer leur charge publique. Les policiers possèdent également d’importants pouvoirs, mais ils sont tout de même assujettis à un degré de responsabilité élevé. Pourtant, nul ne soutient que ce spectre de responsabilité les empêche d’exercer fidèlement leur charge publique.

[153] En réalité, seuls les poursuivants malveillants craindront de voir engager leur responsabilité si leur immunité est levée pour autoriser les actions fondées sur la mauvaise foi ou la malveillance. Les poursuivants qui s’acquittent fidèlement de leurs fonctions n’ont rien à craindre (voir *Nelles*, p. 196-197). Il en est ainsi même pour les poursuivants qui font preuve d’insouciance, d’incompétence, de paresse, de négligence et de manque de professionnalisme (voir *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 35; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 8 et 80-81).

[154] One can understand the legitimacy of protecting prosecutors who act in good faith, and even those who are negligent. However, protecting prosecutors who act unlawfully in a deliberate manner erodes public confidence in the office of Crown prosecutor. As underlined by Lord Bingham, “[t]here is an obvious public interest in bringing public servants guilty of outrageous conduct to book. Those who act in such a way should not be free to do so with impunity” (*Watkins v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395, at para. 8).

[155] Prosecutors who act deliberately and unlawfully should not be allowed to hide behind the veil of absolute immunity from claims brought by police officers. If the Crown’s position is pushed to its logical conclusion, it means that even a malicious prosecutor who accepts a bribe from an accused person to concede allegations of torture and secure a stay, or a reduced sentence for the accused person, will face no civil liability. Oddly enough, such a prosecutor may face criminal penalties and go to prison for his or her conduct, but cannot be forced to pay money damages. Allowing such prosecutors to cause harm without suffering financial consequences undermines public trust in the office of prosecutor and tarnishes the image of law-abiding and dedicated prosecutors. Courts should be able to sort the bad apples from the good ones.

[156] Also, treating prosecutors so favourably by granting them an overly broad immunity undermines the rule of law — a fundamental principle of our Constitution — by sending the message that prosecutors are above the law and are not held accountable in the same way as ordinary citizens (*Nelles*, at p. 195). In *Roncarelli*, this Court refused to provide blanket immunity to the highest public officer of a province — Premier Duplessis — for his act of targeted malice, because that would have been too

[154] On peut comprendre qu’il est légitime de protéger les poursuivants qui agissent de bonne foi, même ceux qui font preuve de négligence. Toutefois, protéger des poursuivants qui agissent illégalement de manière délibérée mine la confiance qu’a le public envers la fonction de procureur de la Couronne. Comme l’a souligné le lord Bingham, [TRADUCTION] « [i]l y va manifestement de l’intérêt public d’interpeler les fonctionnaires coupables de conduite outrageante. Les fonctionnaires qui se comportent de cette manière ne devraient pas être libres de le faire impunément » (*Watkins c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 17, [2006] 2 A.C. 395, par. 8).

[155] Les poursuivants qui agissent de manière délibérée et illégitime ne devraient pas pouvoir se cacher derrière le voile d’une immunité absolue contre les actions intentées par des policiers. Si la position de la Couronne était poussée jusqu’à sa conclusion logique, cela signifierait qu’un poursuivant malveillant qui accepterait un pot-de-vin d’un accusé qui souhaite faire admettre des allégations de torture et s’assurer d’obtenir un arrêt des procédures, ou une peine réduite, serait exonéré de toute responsabilité civile. De façon assez étrange, ce poursuivant pourrait se voir infliger des sanctions criminelles et être emprisonné en raison de sa conduite, mais il ne serait pas obligé de payer des dommages-intérêts. Le fait de permettre que ce type de poursuivants puisse causer un préjudice sans subir de conséquences financières mine la confiance du public dans la fonction de poursuivant et ternit l’image des poursuivants dévoués qui respectent la loi. Les tribunaux devraient être en mesure de séparer le bon grain de l’ivraie.

[156] Qui plus est, le fait de traiter les poursuivants de manière aussi favorable en leur accordant une trop grande immunité sape la primauté du droit — un principe fondamental de notre Constitution — en envoyant le message qu’ils échappent à l’application de la loi et ne sont pas tenus de rendre des comptes de la même façon que les citoyens ordinaires (*Nelles*, p. 195). Dans l’affaire *Roncarelli*, la Cour a refusé d’accorder une immunité générale au fonctionnaire occupant le plus haut rang d’une province — le

great a violation of the rule of law. Arguably, if a malicious premier is equal before the law and can thus be held liable, the same should be true of a Crown prosecutor.

[157] In addition to tarnishing the image of prosecutors, the immunity sought by the Crown undermines public confidence in the police. Where police officers are unable to restore their image by rebutting findings of misconduct, this loosens the bonds of trust between them and the public. Investigating crime and keeping the community safe both require establishing trust with the population. Their effectiveness is thus negatively affected by such allegations.

[158] A damaged reputation not only impedes the police's capacity to investigate and protect, but also hampers the prosecution of crime. Prosecuting crime in the criminal courts is impossible without the contribution of the police in terms of investigations and gathering evidence. Police witnesses often occupy the centre stage in criminal trials. Pursuant to this Court's decision in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, the disciplinary records of the officers involved must be disclosed to accused persons, who can then rely on those records to undermine the officers' credibility and raise a reasonable doubt in order to escape conviction. Therefore, where police officers such as the respondents are unable to redress their records before another court, it makes them vulnerable to the defence's attacks in the courtroom when they testify. In fact, the respondents state that the reasons of Thorburn J. and the Court of Appeal are often brought up by defence counsel when they are called to testify. The Crown's case is weakened as a result, and some guilty accused persons may unduly avoid convictions.

premier ministre Duplessis — en ce qui a trait à l'acte malveillant ciblé qu'il avait commis, car une telle immunité porterait une trop grande atteinte à la primauté du droit. Si un premier ministre malveillant est l'égal de tous devant la loi et peut donc être tenu responsable de ses actes, il devrait en être de même pour un procureur de la Couronne.

[157] En plus de ternir l'image des poursuivants, l'immunité que cherche à obtenir la Couronne mine la confiance du public envers la police. Lorsque des policiers ne peuvent pas rétablir leur image en réfutant des conclusions d'inconduite, les liens de confiance qu'ils ont tissés avec le public s'en trouvent distendus. Tant pour enquêter sur des actes criminels que pour assurer la sécurité de la communauté, les policiers doivent établir des liens de confiance avec la population. Ce type d'allégations nuit donc à leur efficacité.

[158] Une réputation ternie entrave non seulement la capacité d'enquêter et de protéger de la police, mais aussi la capacité de poursuivre les criminels. Il est impossible d'engager des poursuites criminelles sans la contribution des policiers à l'étape de l'enquête et de la cueillette des éléments de preuve. Les témoins policiers jouent souvent un rôle clé lors des procès criminels. Suivant l'arrêt rendu par la Cour dans *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, les dossiers disciplinaires des policiers chargés de l'enquête doivent être communiqués aux accusés. Ces derniers peuvent ensuite s'appuyer sur ces dossiers pour tenter de miner la crédibilité des policiers et faire naître un doute raisonnable afin d'échapper à une condamnation. Par conséquent, lorsque des policiers comme les intimés dans la présente affaire ne sont pas en mesure de rétablir leur réputation devant un autre tribunal, ils sont vulnérables aux attaques de la défense lorsqu'ils sont appelés à témoigner. En fait, les intimés affirment que les avocats de la défense invoquent souvent les motifs de la juge Thorburn et de la Cour d'appel lorsqu'ils sont appelés à la barre des témoins. La théorie de la Couronne en ressort affaiblie et un accusé par ailleurs coupable peut donc éviter indûment de faire l'objet d'une condamnation.

C. Liability Threshold for Misfeasance in Public Office

[159] There being strong policy reasons not to apply prosecutorial immunity in this case, the next step is to determine whether the liability threshold for the tort of misfeasance in public office is high enough to satisfy the twin policy concerns and to safeguard prosecutorial independence. The tort of misfeasance in public office provides a remedy to somebody who has been injured by a public officer's unlawful and deliberate misconduct. Before assessing whether the elements of misfeasance in public office adequately protect the interests underlying prosecutorial immunity, I wish to emphasize that this assessment must take place in the specific context of the policy considerations identified at the first step. I am not considering misfeasance in public office, writ large, as "the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise" (*Henry*, at para. 33).

[160] The elements of the tort of misfeasance in public office are:

- (a) the defendant is a public officer;
- (b) the defendant's conduct was deliberate and unlawful;
- (c) the defendant had knowledge that his or her conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff; and
- (d) the defendant's conduct caused material damage to the plaintiff and such damage is compensable at law.

(See *Odhavji*, at paras. 23 and 32.)

[161] In crafting these elements, courts have already considered many of the issues that prosecutorial immunity is intended to address. Public officers

C. Seuil de responsabilité applicable aux cas de faute dans l'exercice d'une charge publique

[159] Puisqu'il existe des raisons d'intérêt public convaincantes de ne pas appliquer l'immunité du poursuivant en l'espèce, la prochaine étape consiste à déterminer si le seuil de responsabilité applicable au délit de faute dans l'exercice d'une charge publique est suffisamment élevé pour atténuer les deux considérations d'intérêt public de l'effet paralysant et du détournement de la fonction de poursuivant et préserver l'indépendance du poursuivant. Le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique confère un recours à quiconque subit un préjudice en raison de la conduite délibérée et illégitime d'un fonctionnaire. Avant d'examiner la question de savoir si les éléments du délit de faute commise dans l'exercice d'une charge publique protègent adéquatement les intérêts qui sous-tendent l'immunité du poursuivant, je tiens à souligner que cet examen doit être effectué dans le contexte particulier des considérations d'intérêt public qui ont été soulevées à la première étape. Je n'examinerai pas le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique dans son ensemble, car « la façon d'agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l'avenir » (*Henry*, par. 33).

[160] Les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique sont les suivants :

- a) le défendeur est un fonctionnaire;
- b) le défendeur a agi de manière délibérée et illégitime;
- c) le défendeur savait que sa conduite était illégitime et qu'elle serait vraisemblablement préjudiciable au demandeur;
- d) la conduite du défendeur a causé un dommage concret au demandeur et un tel dommage est indemnisable en droit.

(Voir *Odhavij*, par. 23 et 32.)

[161] Lorsque ces éléments sont établis, les tribunaux ont déjà pris en compte les nombreuses questions auxquelles l'immunité du poursuivant vise à

frequently make decisions that have adverse impacts on large numbers of people, not because the officers are at fault, but simply because of the nature of public decision-making (*Odhavji*, at para. 28). This creates a large pool of disgruntled persons who may seek restitution or retribution in the courts. Liability for misfeasance in public office must thus be narrowly circumscribed in order to prevent both a chilling effect on public decision-making and the diversion of public officers from their duties.

[162] In *Odhavji*, Iacobucci J. stated that the elements of misfeasance in public office create a high threshold that protects public officers from these risks (E. Chamberlain, *Misfeasance in a Public Office* (2016), at p. 4; *Odhavji*, at paras. 28-30). A plaintiff must establish *deliberate* misconduct that demonstrates *bad faith* or *dishonesty*. Inadvertent or negligent actions of public officers are not enough (*Odhavji*, at para. 26). There must be an intentional abuse of power (para. 30).

[163] This high threshold must be considered in the context of the class of potential claimants and the prosecutorial activity at issue in this case. Here, the class of potential claimants is very narrow: police officers facing allegations of serious misconduct in a criminal case. This limited class means that there will be less of an effect on prosecutorial independence than suggested by my colleague Abella J. (paras. 41-47). For instance, police officers cannot bring claims against a prosecutor for failure to prosecute a case, or for failure to do so to their liking. The scope of claims is specifically limited to police officers subjected to allegations of serious misconduct because it is only in that particular instance that police officers are in a position akin to that of an accused person.

répondre. Les fonctionnaires prennent souvent des décisions qui ont des effets préjudiciables sur de nombreuses personnes, non pas en raison d'une faute qu'ils ont commise, mais simplement à cause de la nature du processus décisionnel public (*Odhavji*, par. 28). Ces décisions suscitent le mécontentement d'un grand nombre de personnes qui peuvent alors présenter des demandes de restitution ou de dédommagement devant les tribunaux. La responsabilité à l'égard d'une faute dans l'exercice d'une charge publique doit donc être étroitement circonscrite afin d'éviter qu'elle ait un effet paralysant sur le processus décisionnel public et qu'elle détourne les fonctionnaires de leurs fonctions.

[162] Dans l'arrêt *Odhavji*, le juge Iacobucci a affirmé que les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique établissent un seuil élevé qui protège les fonctionnaires contre ces risques (E. Chamberlain, *Misfeasance in a Public Office* (2016), p. 4; *Odhavji*, par. 28-30). Un demandeur doit démontrer qu'il y a eu *inconduite délibérée* et que cette *inconduite* comporte un élément de *mauvaise foi* ou de *malhonnêteté*. Il ne lui suffit pas de démontrer que le fonctionnaire a agi par inadvertance ou avec négligence (*Odhavji*, par. 26). Le fonctionnaire doit avoir délibérément outrepassé ses pouvoirs (par. 30).

[163] Ce seuil élevé doit être apprécié dans le contexte de la catégorie des demandeurs éventuels et des actes du poursuivant en cause. Dans la présente affaire, la catégorie de demandeurs éventuels est très restreinte : les policiers qui font l'objet d'allégations d'inconduite grave dans le cadre de poursuites criminelles. Le caractère restreint de la catégorie signifie qu'il y aura un effet moindre sur l'indépendance du poursuivant que ne le laisse entendre ma collègue la juge Abella (par. 41-47). À titre d'exemple, les policiers ne peuvent pas engager des actions contre un poursuivant parce que ce dernier n'a pas intenté de poursuites ou parce que la façon dont il l'a fait ne leur plaît pas. La portée des actions permises se limite expressément aux policiers qui font l'objet d'allégations d'inconduite grave, car c'est seulement dans ce cas particulier que les policiers se trouvent dans une position qui s'apparente à celle d'un accusé.

[164] The nature of the prosecutorial discretion at issue is also important. As in *Henry*, the prosecutors' conduct at issue here does not fall within the core of prosecutorial discretion. This means that their actions regarding the allegations of police misconduct "will not necessarily warrant the same level of protection from judicial scrutiny as the decision to initiate or continue a prosecution" (para. 63).

[165] When considered in this specific context, the high threshold provided by the elements of misfeasance in public office adequately protects against a chilling effect on the exercise of prosecutorial discretion, interference with prosecutorial independence, and the diversion of prosecutors from their duties. So long as a court is satisfied that the defendant prosecutor was acting deliberately and unlawfully, and was fully aware that the conduct was unlawful and likely to harm the plaintiff, then the liability threshold is "near the high end of the blameworthiness spectrum" (*Henry*, at para. 91). The prosecutor's subjective knowledge of both unlawfulness and likely harm are key elements. Therefore, to the extent that other courts have concluded that knowledge includes not only actual knowledge but also recklessness, those decisions should not govern (Chamberlain, at p. 139; K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at paras. 7.20.30(2)(a) and (b), citing *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), at p. 192, and *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) v. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, at para. 108, aff'd 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, at paras. 95-104). The standard must be as Iacobucci J. laid out in *Odhavji*, subjective knowledge.

[164] La nature du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en cause est également importante. Comme c'était le cas dans l'affaire *Henry*, la conduite des poursuivants en l'espèce ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Ceci signifie que leurs actes en lien avec des allégations d'inconduite formulées contre les policiers « ne bénéficient pas nécessairement de la même protection contre le contrôle judiciaire que la décision d'engager ou de continuer une poursuite » (par. 63).

[165] Pris dans ce contexte particulier, le seuil élevé qui est établi par les éléments du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique offre une protection suffisante en empêchant la création d'un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et en évitant toute ingérence à l'égard de l'indépendance du poursuivant, ainsi que le détournement des fonctions de poursuivant. Du moment que le tribunal est convaincu que le poursuivant défendeur a agi de manière illégitime et délibérée et qu'il savait très bien que sa conduite était illégitime et causerait vraisemblablement un préjudice au demandeur, le seuil de responsabilité se situe « près de l'extrémité supérieure de l'échelle de culpabilité morale » (*Henry*, par. 91). La connaissance subjective par le poursuivant du caractère illégitime de sa conduite ainsi que celle de la probabilité qu'elle cause un préjudice sont des éléments clés. Par conséquent, dans la mesure où certains tribunaux ont conclu que l'élément de connaissance englobe non seulement la connaissance réelle, mais également l'insouciance, les décisions de ces tribunaux ne reflètent pas l'état du droit (Chamberlain, p. 139; K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), par. 7.20.30(2)a et b), citant *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)* (2000), [2003] 2 A.C. 1 (H.L.), p. 192, et *Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services) c. Nilsson*, 1999 ABQB 440, 246 A.R. 201, par. 108, conf. par 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, par. 95-104). La norme à appliquer doit être celle qui a été établie par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Odhavji*, soit celle de la connaissance subjective.

[166] Finally, although permitting police officers to bring misfeasance claims may result in contradictory decisions, there are some circumstances in which “relitigation is in fact necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 52). Situations where relitigation enhances the administration of justice include “when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty”, “when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results”, or “when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context” (para. 52). In cases where prosecutors acted unlawfully and deliberately, the first proceeding is tainted by fraud and unfairness. This is amplified where judges issue severe condemnations of a police officer. It will thus enhance the administration of justice for the judiciary to give the officer the opportunity to establish that those findings were incorrect.

D. Application

[167] In my view, the respondent police officers have adequately pleaded the four essential elements of misfeasance in public office, as established in *Odhavji*. Therefore, I agree with the courts below that their misfeasance claim should be allowed to continue.

[168] In their statement of claim, the police officers plead that the Trial Crown, the Senior Crown and the Appeal Crown “committed the tort of misfeasance in a public office, by engaging in deliberate and unlawful conduct in their capacity as crown attorneys, clearly in contravention of their sworn statutory duty” (A.R., vol. II, at p. 131). This allegation of misfeasance is supported by particulars.

[166] Enfin, même si le fait de permettre aux policiers d’intenter des actions fondées sur la faute dans l’exercice d’une charge publique peut donner lieu au prononcé de décisions contradictoires, il peut y avoir des cas où « la remise en cause [. . .] est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l’efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 52). Dans certaines circonstances, la remise en cause d’une décision antérieure peut servir l’administration de la justice, notamment « lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté », « lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n’avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial », ou « lorsque l’équité exige que le résultat initial n’ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte » (par. 52). Dans les cas où les poursuivants ont agi de manière illégitime et délibérée, la première instance est entachée de fraude et d’iniquité. C’est d’autant plus vrai lorsque des juges condamnent sévèrement des policiers. Par conséquent, l’administration de la justice sera promue si le pouvoir judiciaire donne aux policiers l’occasion de démontrer que ces conclusions sont incorrectes.

D. Application

[167] À mon avis, les policiers intimés ont valablement invoqué les quatre éléments essentiels du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique qui ont été établis dans l’arrêt *Odhavji*. Par conséquent, je conviens avec les juridictions d’instances inférieures que leur action fondée sur le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique devrait être autorisée à suivre son cours.

[168] Dans leur déclaration, les policiers ont fait valoir que la procureure de la Couronne au procès, le procureur principal de la Couronne et la procureure de la Couronne en appel [TRADUCTION] « ont commis le délit de faute dans l’exercice d’une charge publique en agissant de manière délibérée et illégitime en qualité de procureurs de la Couronne, ce qui était clairement contraire aux devoirs découlant de leur serment d’office » (d.a., vol. II, p. 131). Cette allégation de délit de faute dans l’exercice d’une charge publique est d’ailleurs étayée par plusieurs détails.

[169] First, there is no doubt that prosecutors are public officers.

[170] Second, the police officers plead that the Crown Attorneys' conduct was deliberate and unlawful. With respect to the deliberate element, the officers state three times that the Crown Attorneys' conduct was deliberate (A.R., vol. II, at pp. 131-32). The unlawfulness element is also clearly established. The police officers plead that the Crown Attorneys breached their sworn statutory duty imposed by the *Crown Attorneys Act* (pp. 130-31). Specifically, they allege that the Crown Attorneys did not "truly and faithfully according to their skills and the best of their abilities execute [their] duties" (p. 131). They add that the Crown Attorneys failed to act "without favour or affection to any party" in the discharge of their statutory duties (p. 131 (emphasis deleted)). The officers particularize the breaches of those duties by specifying that the prosecutors failed to properly investigate the allegations of assault, failed to call them as witnesses, ignored key facts, and knew that Maharaj had lied about aspects of his injuries (pp. 131-32). They add that the Appeal Crown suppressed evidence before the Court of Appeal that would have exonerated them (p. 132).

[171] Third, the police officers plead that the Crown Attorneys had knowledge that their conduct was unlawful and likely to harm the officers, and that they were thus acting in bad faith:

Crown attorneys involved in this case deliberately engaged in conduct that they knew to be inconsistent with the obligations of the Crown attorney and they did so in bad faith, with the knowledge that this misconduct was likely to injure the officers.

All of the above conduct, involves a deliberate disregard of the official duty of the Crown Attorney in the Province

[169] Premièrement, il ne fait aucun doute que les poursuivants sont des fonctionnaires.

[170] Deuxièmement, les policiers affirment que les procureurs de la Couronne ont agi de manière délibérée et illégitime. En ce qui concerne le caractère délibéré, les policiers affirment à trois reprises que les procureurs de la Couronne ont agi de manière délibérée (d.a., vol. II, p. 131-132). Ils plaident également que les procureurs auraient agi de manière illégitime. Les policiers soutiennent que les procureurs de la Couronne ont manqué aux devoirs découlant de leur serment d'office qui leur incombent suivant la *Loi sur les procureurs de la Couronne* (p. 130-131). Plus précisément, ils affirment que les procureurs de la Couronne n'ont pas [TRADUCTION] « exercé fidèlement [leurs] devoirs au mieux de leurs compétences et de leurs habiletés » (p. 131). Ils ajoutent que les procureurs de la Couronne n'ont pas exercé les fonctions qui leur sont confiées par la loi « sans favoritisme ni partialité » (p. 131 (soulignement omis)). Les policiers précisent les violations de ces devoirs en expliquant que les poursuivants n'ont pas correctement examiné les allégations d'agression, ne les ont pas appelés à témoigner, n'ont pas tenu compte de faits essentiels et savaient que Maharaj mentait au sujet de certains aspects de ses blessures (p. 131-132). De plus, selon les policiers, la procureure de la Couronne en appel a caché à la Cour d'appel l'existence de certains éléments de preuve qui les auraient exonérés (p. 132).

[171] Troisièmement, les policiers allèguent que les procureurs de la Couronne savaient que leur conduite était illégitime et qu'elle causerait vraisemblablement un préjudice aux policiers, et qu'ils agissaient donc de mauvaise foi :

[TRADUCTION] Les procureurs de la Couronne en cause dans la présente affaire ont délibérément posé des actes qu'ils savaient être incompatibles avec leurs devoirs à titre de procureurs de la Couronne et ont agi de mauvaise foi, en sachant que cette inconduite causerait vraisemblablement un préjudice aux policiers.

L'inconduite décrite ci-dessus se caractérise par une indifférence délibérée à l'égard de la fonction officielle

of Ontario, with the knowledge that this misconduct would most likely injure the police officers. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 132)

[172] Fourth, the police officers plead that the Crown Attorneys' conduct caused them material damage compensable at law. In *Odhavji*, this Court stated that “[a]t the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges that the plaintiffs have suffered mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct” (para. 41). In this case, the officers plead, among other things, that they “have suffered significant depression”, “emotional trauma”, “loss of enjoyment of life”, “anxiety” and “mental distress” as a result of the alleged prosecutorial misconduct (A.R., vol. II, at p. 133).

VI. Conclusion

[173] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, CÔTÉ J. dissenting.

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

Solicitors for the respondents: Brauti Thorning, Toronto.

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

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

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

de procureur de la Couronne de la province de l'Ontario, tout en sachant que cette inconduite causerait fort probablement un préjudice aux policiers. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 132)

[172] Quatrièmement, les policiers soutiennent que la conduite des procureurs de la Couronne leur a causé un dommage concret qui est indemnisable en droit. Dans l'arrêt *Odhavji*, la Cour a déclaré que, « [a]u stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que l'inconduite alléguée leur a causé des souffrances morales, de la colère, de la dépression et de l'anxiété » (par. 41). En l'espèce, les policiers plaident notamment qu'ils [TRADUCTION] « ont souffert d'une grave dépression », qu'ils ont subi un « traumatisme émotionnel », qu'ils ont eu une « perte de jouissance de la vie » et qu'ils ont éprouvé de l'« anxiété » et une « souffrance psychologique » par suite de la présumée inconduite des poursuivants (d.a., vol. II, p. 133).

VI. Conclusion

[173] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés : Brauti Thorning, Toronto.

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

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitors for the intervener Toronto Police Chief James Ramer: Lerner's, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Toronto Police Chief James Ramer : Lerner's, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Royal Newfoundland Constabulary, St. John's.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Royal Newfoundland Constabulary, St. John's.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Crown Counsel and the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des juristes de l'État et l'Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario : Cavalluzzo, Toronto.