

Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)

Jean-Denis ARCHAMBAULT

Résumé

L'identification des sources juridiques des règles normatives particulières qui présideront à la solution d'un litige assujéti au droit du Québec, pourra, vu la provenance historique, politique et constitutionnelle de ces sources, s'avérer déterminante. Selon leur appartenance au droit public, d'origine anglaise, statutaire ou de common law, ou, plutôt, au droit privé, d'origine française et codifié, les règles choisies véhiculeront en effet un contenu substantiellement différent, menant à une conclusion judiciaire propre et distincte.

Tant notre jurisprudence que notre doctrine continuent d'éprouver de sérieuses difficultés conceptuelles et fonctionnelles à repérer puis départager les autorités respectives de l'une et de l'autre, common law publique et droit civil privé, surtout lorsque survient une mixité des sources.

Ainsi de la délimitation de l'étendue précise, effective, de la responsabilité civile extracontractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts, pour les dommages subis par les victimes d'accusations pénales erronées, abusives ou malicieuses. Ici, la common law publique octroie à ces défendeurs, en raison de la nature quasi judiciaire de l'acte reproché, une immunité relative qui alourdit le fardeau de preuve des demandresses pour-

suivantes. Là, le *Code civil du Québec*, tout comme, avant lui, le *Code civil du Bas-Canada*, circonscrit par ailleurs le droit commun privé, *jus commune*, de la responsabilité extracontractuelle pertinente. La question se pose donc de définir l'autorité et le contenu de l'immunité de la common law publique, prépondérante, et de la responsabilité extracontractuelle du droit civil approprié, subsidiaire, simultanément.

Une récente décision de la Cour d'appel du Québec, relative à l'immunité susmentionnée, illustre les malentendus et chassés-croisés auxquels peut donner lieu la recherche trop peu assurée des sources de notre droit. En l'occurrence, les deux membres de la majorité du tribunal, qui accorde le pourvoi et déboute la poursuite, signent chacun des opinions individuelles fondées sur des sources et motifs difficilement conciliables. En outre l'un des juges majoritaires, l'autre ayant, à raison nous semble-t-il, frugalement préféré l'orthodoxie et l'autosuffisance de la common law publique sur ce sujet, se dit en accord avec l'abondant exposé normatif élaboré par leur collègue, au demeurant dissident, qui lui fait large part au droit civil privé. La Cour suprême du Canada a déjà consenti à se saisir prochainement du dossier et, présumera-t-on, y jeter quelque lumière sur le débat des sources. À suivre par les intéressés.

**Les sources juridiques des
immunités civiles et de la
responsabilité
extracontractuelle du procureur
général à raison d'accusations
pénales erronées: le mixte et le
mêlé (*Québec c. Proulx*)***

Jean-Denis ARCHAMBAULT**

Introduction	63
II- L'affaire criminelle	64
II- La réclamation civile	68
III- La dissidence	70
A- Le rôle du substitut dans le cadre du droit pénal canadien.	71
B- Le régime de responsabilité du substitut du procureur général	74
1- L'affirmation du droit public	75
2- Acte politique ou opérationnel?	82

* Version remaniée d'une conférence prononcée au Congrès du Barreau du Québec,
le 4 juin 1999
** Avocat et professeur de droit à l'Université d'Ottawa

3-	L'étendue de l'autorité éventuelle de <i>Nelles</i>	85
4-	La «traduction» de l'immunité relative en droit québécois	88
C-	La mise en œuvre de ce régime en l'espèce	111
IV-	Les opinions majoritaires	113
	Conclusion	118

INTRODUCTION

1. Quand, avant son accession à la Cour suprême du Canada, il retraçait les sources juridiques du droit québécois, L.-P. Pigeon faisait remarquer qu'«[o]n est porté à ne pas prêter suffisamment attention au fait que la province de Québec n'est pas une province de droit civil purement et simplement; elle est un pays de droit civil en droit privé mais pas en droit public»¹. Le futur juge recommandait aussitôt de suivre l'exemple d'«une décision très importante de notre Cour d'appel [où] on a statué que les privilèges [ou immunités] découlant du droit public sont du droit public et que le privilège du témoin [à l'égard d'une poursuite civile en diffamation] est régi par la Common Law»². Tout récemment notre Cour d'appel prononçait une autre «décision très importante», cette fois sur la question des sources juridiques de la nature et de l'étendue de l'immunité, relative, du procureur général du Québec et de ses substituts à l'égard des poursuites pénales erronées, abusives ou malicieuses entamées par eux, immunité invoquée à l'encontre des réclamations en dommages-intérêts consécutivement entreprises par les justiciables victimes de telles poursuites.

2. L'arrêt du 11 février 1999, *Québec (Procureur général) c. Proulx*³, ni unanime ni limpide sur l'objet des divisions du banc, perpétue l'inconfort séculaire de notre droit québécois à vivre sous une double allégeance, une dualité des origines juridiques, particulièrement lorsqu'est mis en cause le droit privé de la responsabilité extracontractuelle du *Code civil*, immédiatement perçu comme menacé dans son intégrité par la *common law*, fût-elle de droit public pourtant. L'arrêt *Proulx* est d'autant plus symptomatique de ce malaise qu'il prend appui, comme il se doit du reste, sur le déjà classique *Nelles c. Ontario*, de la Cour suprême du Canada, lui-même cependant lesté d'*obiter dicta*⁴ hésitants sur les sources et le contenu de l'immunité, débattue

1. L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Collection Études juridiques, Éditeur officiel, Québec, 1978, 50.

2. *Ibid.* Il s'agissait de la décision *Langelier c. Giroux*, (1932) 52 B.R. 113.

3. [1999] R.J.Q. 399, ci-après «*Proulx* [1999]».

4. *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, ci-après *Nelles*. Le juge Lamer y tient, aux p. 181, 191 et 197, des propos singuliers sur les origines du régime de responsabilité extracontractuelle de l'État au Québec, propos que le juge LeBel s'efforce

devant notre Cour d'appel, du procureur général du Québec et de ses substituts. L'analyse critique de *Proulx* suivra la chronologie du dossier, depuis sa phase criminelle initiale jusqu'à son ultime étape civile, relatant chaque fois les instances premières et d'appel, étant entendu que la perspective, de droit civil par opposition à droit pénal, demeure principalement la mixité des sources juridiques pertinentes et, accessoirement, le contenu normatif en résultant.

I- L'AFFAIRE CRIMINELLE

3. Le 25 octobre 1982, environ trois semaines après que M. Benoît Proulx, subséquemment demandeur intimé dans *Proulx* [1999], eut mis fin à ses fréquentations avec elle, Mlle France Alain décédait, atteinte par le tir d'une arme à feu. La police municipale de Sainte-Foy ouvrit une enquête sur ce présumé meurtre. En mai 1983, les enquêteurs chargés du dossier, dont le policier John Tardif, convainquaient M. Fernand Alain, père de la défunte, de collaborer à l'enquête et d'organiser une rencontre privée, à sa résidence, avec M. Benoît Proulx, rencontre durant laquelle serait enregistrée, à l'insu de ce dernier, la conversation entre les deux hommes. Au cours de cette conversation du 31 mai 1983, effectivement interceptée sans le consentement de M. Proulx et qui s'étendra sur plus de trois heures, celui-ci fit remarquer qu'il travaillait avec les policiers afin de vérifier certaines hypothèses et ouvrir une piste. Il qualifia d'acte barbare et inhumain le meurtre en question, puis dit croire qu'il s'agissait d'un crime prémédité commis par un désaxé. Empruntant la troisième personne du singulier pour désigner l'assassin, M. Proulx affirma qu'«il» avait de gros problèmes, qu'«il» voulait forcer la victime à faire certaines choses, qu'«il» avait décidé qu'elle n'appartiendrait à personne d'autre, qu'«il» a agi impulsivement, qu'«il» a cru à un accident, de façon à se sécuriser et se disculper intérieurement. M. Proulx ajouta que l'assassin se déplaçait à pied, qu'«il» demeurait à proximité du lieu du crime et qu'«il» lui avait fallu cacher l'arme du crime dans un sac à poubelle pour éviter d'être vu. En novembre 1985, M. Proulx consentit à se soumettre à un interrogatoire de la part des policiers qui, en dépit de tous leurs efforts, ne réussirent pas à obtenir les aveux qu'ils

courtoisement de légitimer: *id.*, 420. Sur les interrogations soulevées par les affirmations du juge Lamer, voir J.-D. ARCHAMBAULT, «Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public», (1992) 52 *R. du B.* 515, 553-555.

semblaient espérer. Malgré le refus de M. Proulx et sans qu'il ne le sache, les policiers enregistrèrent cet interrogatoire.

4. En février et mars 1986, on procéda à une enquête du coroner sur les circonstances du décès de Mlle France Alain, dans le but, entre autres, de constituer des éléments de preuve contre M. Proulx. Déjà le substitut chargé de cette affaire fut celui qui, plus tard, autorisera l'accusation de meurtre contre M. Proulx et conduira son procès. Au cours de l'enquête du coroner, le substitut mena un interrogatoire vigoureux, agressif même, au dire de la Cour d'appel⁵, de M. Proulx. À l'issue de plusieurs semaines de travaux, l'enquête ne donna absolument rien, ni au coroner, incapable de conclure à la tenue d'une rencontre entre M. Proulx et Mlle Alain le soir du 25 octobre 1982, ni au substitut, tout aussi impuissant à réunir les éléments de preuve essentiels au dépôt d'accusations contre M. Proulx, conformément aux règles du droit criminel.

5. Entre-temps inactif, le dossier se ranima soudainement au début de 1991, à la faveur d'une nouvelle couverture médiatique d'un événement accessoire à ce meurtre, soit la poursuite en responsabilité civile consécutive à diffamation, entamée par M. Proulx contre un journaliste radiophonique et le policier John Tardif, alors à la retraite. Le demandeur Proulx y reprochait aux deux défendeurs de colporter publiquement qu'il était le responsable du meurtre de Mlle Alain. La diffusion dans un journal local, en février 1991, de la photographie de M. Proulx, jointe au compte rendu de la poursuite civile susmentionnée, sembla raviver la mémoire de M. Paul-Henri Paquet, témoin présumé de faits concomitants au crime, et jusque-là involontairement demeuré dans l'ombre.

6. Préférant ne pas communiquer immédiatement avec les autorités policières, M. Paquet entra en contact avec une station radiophonique puis, de là, avec M. John Tardif à qui il expliqua avoir été frappé par les yeux de M. Proulx sur la photo parue dans le journal local. M. Paquet croyait y reconnaître les yeux d'un barbu qu'il avait rencontré, au hasard d'une promenade, sur la rue et près des lieux du crime. Selon M. Paquet, ce barbu portait un sac à dos d'où sortait un objet ressemblant à une tige de métal ou un manche d'une raquette de tennis. De sa propre

5. *Proulx* [1999] 403.

initiative, M. John Tardif, policier à la retraite initialement saisi de l'enquête en 1982 et codéfendeur dans la poursuite civile logée par M. Proulx au début de 1991, rencontra M. Paquet à plusieurs reprises, lui fit visiter la scène du crime et organisa une séance d'identification. Au cours de celle-ci, devant l'incapacité de M. Paquet à identifier «son barbu» sur une photo pourtant bien de M. Benoît Proulx, M. Tardif manifesta sa déception en répétant que M. Proulx était l'homme apparaissant sur ladite photo.

7. Quoi qu'il en fut, M. John Tardif informa enfin la police de Sainte-Foy de ses contacts avec M. Paquet. Celle-ci procéda elle-même à quelques vérifications relatives au présumé témoin comme à son entourage, et mit au courant de ce récent développement le substitut qui avait participé à l'enquête du coroner menée durant l'hiver de 1986. Ainsi les autorités policières et la Couronne rouvrirent-elles le dossier de Mlle France Alain. La police de Sainte-Foy confia l'affaire à un enquêteur, M. Matte. Cependant et pour le moins curieusement, M. John Tardif, alors codéfendeur, répétons-le, dans la poursuite civile en diffamation engagée par M. Proulx, continua à travailler au dossier du meurtre, d'abord bénévolement, puis, par la suite, en vertu d'un contrat à temps partiel et honoraires conclu avec la ville de Sainte-Foy, pour assister le substitut. Le 11 mars 1991, MM. Paquet, témoin présumé, Tardif, enquêteur contractuel, et Matte, policier, ainsi que le substitut, se rencontrèrent au bureau de ce dernier où eut lieu une autre séance d'identification. Au cours de cette séance, on présenta à M. Paquet huit photos de M. Benoît Proulx prises à l'occasion d'une manifestation syndicale, le 18 mai 1983. Le témoin Paquet identifia une photo, en affirmant y reconnaître «son barbu», alors qu'apparemment on n'y voit pas les yeux de M. Proulx. Peu après la séance d'identification, le substitut fit accomplir certaines vérifications additionnelles relatives au témoin et à ses déclarations des jours ayant suivi le meurtre, puis réexamina l'ensemble de la preuve disponible et, notamment, les transcriptions des interrogatoires de police et de l'enquête du coroner. Enfin, au sortir d'une dernière conférence avec des collègues de son bureau et les enquêteurs, le substitut autorisa le dépôt d'une accusation de meurtre, le 20 mars 1991.

8. M. Proulx nia sa culpabilité, enquête préliminaire eut lieu, et il fut cité à procès, tenu à l'automne de 1991, devant un jury d'assises. Lors des plaidoiries de ce procès, le substitut conseilla aux jurés de lire la conversation du 31 mai 1983 entre M. Fernand Alain et M. Benoît Proulx, interceptée à l'insu de ce der-

nier, puis de substituer dans les affirmations de l'accusé Proulx, la première personne du singulier «je», aux «il» référant à l'assassin, de telle sorte que les propos de l'accusé Proulx deviennent de véritables confessions. La défense s'objecta à quelque usage, par le substitut, de cette conversation au motif qu'elle fut obtenue en violation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶, tel qu'expliqué par la décision *R. c. Duarte*⁷, de la Cour suprême du Canada. Le juge des assises estima plutôt que la bonne foi des policiers le 31 mai 1983, date de l'interception de la conversation litigieuse, rachetait cette irrégularité, et conclut à son admission.

9. En outre, afin d'étayer la preuve dite d'identification, qui ne compte qu'un seul témoin, M. Paquet, le substitut a affirmé au jury que l'accusé Proulx a effectivement été identifié par ce témoin. Le substitut ira jusqu'à lui-même témoigner que lors de «la séance d'identification à nos bureaux [...] *je voulais m'assurer que le témoin Paquet fasse une identification positive et je l'ai eue cette identification, je l'ai eue et vous l'avez eue aussi, vous en avez été témoin*»⁸. En dépit des demandes répétées de la part des procureurs de l'accusé, le juge a refusé d'inclure dans son exposé au jury les mises en garde relatives à ce genre d'identification, trop ténue, affaiblie par des procédures policières irrégulières et insuffisantes. Le juge choisira au contraire d'instruire le jury de ce que «légalement, le témoin Paquet a identifié l'accusé Benoît Proulx. Il y a plusieurs façons d'identifier un accusé. Il n'est pas nécessaire que le témoin sorte de la boîte pour aller le regarder dans les yeux, loin de là [...] On peut très bien faire identifier des témoins par des photographies comme ça été le cas dans la présente»⁹.

10. Le 10 novembre 1991, le jury reconnut M. Benoît Proulx coupable du meurtre au premier degré de Mlle France Alain, et le juge le condamna à la prison à perpétuité. M. Proulx interjeta appel de cette décision à la Cour d'appel du Québec, qui, le 20 août 1992, cassa ce verdict de culpabilité et conclut à l'acquiescement de l'accusé. La Cour unanime se pencha sur plusieurs moyens d'appel dont deux, relatifs aux éléments probatoires sus-

6. Dans *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44, annexe B, partie I: «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives».

7. [1990] 1 R.C.S. 30.

8. *Proulx c. R.*, [1992] R.J.Q. 2047, 2064 (C.A.).

9. *Id.*, 2068.

mentionnés – la conversation du 31 mai 1983 et la séance d'identification du 11 mars 1991 – pouvaient être attribués directement à la conduite du substitut. D'une part, de trancher la Cour d'appel, les conversations enregistrées constituaient une preuve qui entachait l'équité du procès, car même s'ils étaient de bonne foi, les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que M. Proulx était relié au crime¹⁰. Or, «le préjudice qui découle de la recevabilité de cette preuve dépend avant tout de l'utilisation qu'en a faite [le substitut] au cours du procès»¹¹. D'autre part, la Cour d'appel qualifia de «*faiblesses évidentes*»¹² les lacunes de la preuve d'identification alimentée tant par le témoignage de M. Paquet et sa présentation par le substitut, que par l'exposé des directives du juge au jury¹³.

II- LA RÉCLAMATION CIVILE

11. Le 3 mars 1993, M. Benoît Proulx déposa une action en dommages-intérêts contre le procureur général du Québec, reprochant à ce dernier d'avoir entamé, sur décision du substitut, une poursuite abusive, contraire aux règles du droit pénal, et sans cause raisonnable ni probable. Le procureur général rétorqua en défense qu'existaient des motifs raisonnables et probables pour porter l'accusation criminelle. Il soutint également, entre autres, que les décisions et conduite du substitut étaient protégées par des immunités de droit public.

12. Peut-être doit-on attribuer aux «troubles cardiaques sévères»¹⁴ dont il fut fâcheusement atteint, que le juge Rioux n'ait pas étoffé son court jugement du 7 août 1997, de quelque référence à la jurisprudence ou à la doctrine utile. Il y relate essentiellement et fidèlement certains extraits de l'arrêt de la Cour d'appel du 20 août 1992, acquittant le poursuivant Proulx, extraits qui identifient les illégalités ou manquements commis au procès criminel par le substitut: utilisation incorrecte d'une conversation au demeurant interceptée illégalement, puis d'une iden-

10. *Id.*, 2056: «de tout temps, l'«expédition de pêche» n'a jamais été tolérée par les tribunaux.».

11. *Id.*, 2057.

12. *Ibid.*

13. *Id.*, 2068.

14. *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2509, 2515 (C.S.); le juge Rioux ne statua que sur la responsabilité uniquement, laissant à son collègue, le juge Letarte, de déterminer, le 18 août 1997, les dommages-intérêts auxquels avait droit le demandeur Proulx: *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2516 (C.S.).

tification irrégulière ou irrecevable de l'accusé Proulx. Sans qu'il nous soit donné de comprendre s'il se soucie du droit public, d'une immunité relative en faveur des actes du substitut, ou de toute autre norme particulière, le tribunal de première instance «après avoir entendu la preuve civile, en vient aux mêmes conclusions que la Cour d'appel [en matière pénale] et décide que la Couronne a porté contre le demandeur Proulx une accusation basée sur des soupçons, des hypothèses et des conjonctures, et qu'elle l'a fait après s'être fondée sur des interrogatoires illégaux qui cachaient de véritables pièges. Le procureur général doit donc être tenu responsable des actes de ses préposés, qui ont endossé et accepté l'enquête policière qui a été menée dans ce dossier, qui y ont même participé et qui ont décidé d'aller de l'avant malgré la fragilité des éléments de preuve qu'ils avaient devant eux»¹⁵.

13. Le procureur général se pourvut en appel des décisions susmentionnées, des 7 et 18 août 1997. Le 11 février 1999, la Cour d'appel du Québec cassait le jugement entrepris, sur dissidence du juge LeBel, les juges Beauregard et Brossard formant la majorité. Parce que plus détaillée, complète et encline à approfondir certains des principaux aspects des questions de droit en cause, l'opinion dissidente du juge LeBel retient d'abord l'attention. En outre, les juges majoritaires s'y réfèrent fréquemment, ici pour s'y appuyer, là pour s'en distancer.

14. Après avoir minutieusement relaté les faits à l'origine de l'affaire, les décisions des instances pénales puis les jugements de la Cour supérieure ayant acquiescé à la réclamation en dommages-intérêts de M. Proulx contre le procureur général du Québec, le juge LeBel énumère les arguments juridiques respectifs des protagonistes du litige. L'appelant procureur général soutient en substance que le régime de responsabilité extra-contractuelle de l'État, applicable également au procureur général et à ses substituts dans les circonstances de l'espèce, est de droit public, de *common law* publique. Défini par la Cour suprême du Canada dans *Nelles*¹⁶, ce régime prévoit une immunité relative en faveur du procureur général et de ses substituts, contre les réclamations civiles consécutives à des poursuites pénales abusives. Résultant de la nature quasi judiciaire des vastes pouvoirs discrétionnaires conférés au procureur général et

15. *Id.*, 2514-2515.

16. Précité, note 4.

à ses substituts en matière d'accusation pénale, cette immunité relative met à charge du réclamant d'établir que «le procureur général ou son substitut n'avait aucun motif raisonnable et probable de porter des accusations et que sa décision était animée d'une intention malveillante (mauvaise foi) ou correspondait à un objectif principal autre que celui de l'application de la loi (*improper purpose*)»¹⁷. L'appelant souligne encore que les décisions du procureur général et de ses substituts d'entamer des poursuites criminelles impliquent des considérations politiques et d'intérêt général, considérations qui qualifient de politiques les fonctions de puissance publique ainsi exercées par ceux-ci. Conséquemment le demandeur-intimé devait démontrer la mauvaise foi du substitut pour engager la responsabilité du procureur général.

15. S'il reconnaît un certain cadre de droit public au régime de responsabilité civile pertinent, le demandeur-intimé voudrait en revanche y incorporer largement les principes du droit privé, ainsi que les formulait une jurisprudence québécoise antérieure à *Nelles*. En effet le régime de responsabilité civile applicable à l'État en semblable litige, d'arguer le demandeur-intimé, a été défini par notre Cour d'appel dans *Arcand c. Procureur général du Québec*¹⁸, et a intégralement survécu à *Nelles*. De telle sorte que le réclamant «doit établir qu'il a été acquitté et qu'une accusation avait été portée par malice *ou* à la suite d'une erreur grossière, *ou* en l'absence de motifs raisonnables et probables»¹⁹. Subsidiairement, si le contenu normatif de l'immunité relative énoncée dans *Nelles* devait faire autorité en droit québécois, l'appelant-intimé plaide que la mauvaise foi alors requise pourrait «s'inférer de la démonstration d'une négligence véritablement grossière, suivant l'arrêt *Ampleman c. Paradis*^{20,21}.

III- LA DISSIDENCE

16. Le juge LeBel choisit d'approcher le débat en trois volets successifs, savoir, d'abord (A.) le rôle du substitut dans la justice pénale canadienne, secondement (B.) le régime de responsabilité civile extracontractuelle du substitut du procureur général au Québec, finalement suivi, dans un dernier temps, de (C.) la

17. *Proulx* [1999] 410.

18. [1989] R.R.A. 481 (C.A.).

19. *Proulx* [1999] 410; nos italiques.

20. (1933) 56 B.R. 358.

21. *Proulx* [1999] 411.

mise en œuvre dudit régime en l'espèce. Son analyse, brève et surtout factuelle, du lien de causalité et du calcul des dommages reste marginale au présent exposé.

A- Le rôle du substitut dans le cadre du droit pénal canadien

17. Muni des meilleures sources législatives²², jurisprudentielles²³ et doctrinales²⁴, le juge LeBel en déduit qu'il «appartient au substitut de scruter les plaintes et d'autoriser celles-ci, lorsqu'il existe des motifs raisonnables et probables qu'une infraction a été commise»²⁵, puis qu'à sa «fonction plus large que celle du procureur privé»²⁶, et à son «rôle [qui] ne se

22. Aux termes de la *Loi sur les substituts du procureur général*, L.R.Q., c. S-35, ceux-ci représentent le procureur général devant les tribunaux en matière pénale (art. 3) et, plus spécifiquement selon l'art. 4, remplissent les devoirs et fonctions suivants: le substitut «examine les procédures et documents se rapportant aux infractions commises à l'encontre du Code criminel [...] et, s'il y a lieu, autorise les poursuites contre les contrevenants [...] fait compléter les preuves soumises, voit à l'assignation des témoins et à la production des documents pertinents». En outre, comme l'explique le juge LeBel, la loi ajoute à ces fonctions, «celles de plaider devant les tribunaux de première instance et d'appel, de surveiller les plaintes privées et d'en assurer la conduite, le cas échéant. Enfin, les substituts conseillent les agents de la paix et toute personne chargée de l'application de la loi sur toutes questions relatives à l'application du *Code criminel* [L.R.C. (1985), c. C-46] et des dispositions pénales des lois et règlements du Québec» (*ibid.*).

23. Notamment *Procureur général du Québec c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.), relative au caractère confidentiel d'opinions juridiques rendues par des substituts du procureur général, et au pouvoir discrétionnaire d'une cour de justice d'ordonner la divulgation d'une preuve faisant l'objet du privilège de la Couronne; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 603, où la Cour suprême du Canada enseigne que «ni en droit ni en principe, une cour d'appel n'est investie du pouvoir d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite» pénale. Dans *Leon v. United States of America*, (1996) 134 D.L.R. (4th) 17, 19, le juge Cory, *per curiam*, rappelle que «in *R. v. Power* [*ibid.*], it was held that an appellate court is empowered to inquire into the exercise of prosecutorial [sic] discretion only in the clearest cases of abuse of the court's process». Voir, au même effet, *Kostuch c. Alberta (A.G.)*, (1995) 174 A.R. 109; 102 W.A.C. (109) (Alta. C.A.); *R. c. Daigle*, (1997) 162 N.S.R. (2d) 81, 485 A.P.R. 81 (N.-S.S.C.); *R. c. Laws*, (1998) 41 O.R. 499 (Ontario C.A.); et *R. c. Cain*, (1998) 170 N.S.R. (2d) 393; 515 A.R. 393 (N.-S.C.A.). Le juge LeBel renvoie également aux décisions québécoises suivantes: *Procureur général du Québec c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.), et *Bérubé c. Procureur général du Québec*, [1997] R.J.Q. 86 (C.S.), qui illustrent la retenue judiciaire à l'égard du système accusatoire.

24. D. BUTT, «Case Comment. Malicious Prosecution; *Nelles v. Ontario*; Rejoinder-John Sopinka – (1994) 74 Can. Bar Rev. 366», (1996) 75 *R. du B. can.* 335; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Poursuites pénales: les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*, 1990, Ottawa, Document de travail 62.

25. *Proulx* [1999] 412.

26. *Id.*, 414.

limite pas à celui du plaideur privé, chargé d'un dossier particulier», s'attache «la reconnaissance d'un large pouvoir discrétionnaire lorsque [le substitut conduit] des poursuites criminelles au nom de la Couronne»²⁷. En somme, malgré qu'elles «se prêtent mal à une qualification globale et définitive», les tâches «multiples et complexes des substituts qui examinent, autorisent, conduisent ou, le cas échéant, mettent fin aux plaintes», ont généralement été qualifiées par la jurisprudence de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires²⁸.

18. Sur ce, le juge LeBel aborde l'étude détaillée de l'un des gestes plus singulièrement reproché au substitut en l'occurrence. Le magistrat dissident donne alors ce qui lui paraît être la juste mesure de l'exercice régulier, par le substitut, de la fonction, quasi judiciaire, d'autoriser une dénonciation:

Au départ, à cette étape du processus pénal qui est l'autorisation de la dénonciation, l'objectivité et l'appréciation froide et mesurée de l'existence des *causes raisonnables et probables* sont indispensables au bon exercice des fonctions du substitut. La décision de celui-ci ne peut reposer sur l'intime conviction d'une culpabilité. Il faut que le substitut conserve un certain détachement à l'égard de l'affaire pour évaluer l'ensemble des éléments de preuve disponibles, comme l'impact des règles jurisprudentielles et législatives relatives à leur admissibilité au procès, afin de déterminer s'il est objectivement *raisonnable et conforme au droit* d'engager une poursuite. Il n'a pas à se substituer au juge et à faire mentalement le procès. Cependant la décision d'autoriser l'accusation doit reposer sur des facteurs *objectivement vérifiables* et sur *l'état probable* du droit. L'objectif ne doit pas être d'obtenir une condamnation à tout prix. Lorsque l'obtention d'une condamnation paraîtrait au mieux aléatoire, après une analyse du dossier menée avec le détachement professionnel indispensable, le déclenchement d'une procédure pénale violerait certains des objectifs et des principes fondamentaux du système de justice pénale. Celui-ci ne permet de mettre en péril la sécurité juridique et la réputation d'un citoyen, protégé par la présomption d'innocence, que lorsque existent des motifs suffisants, qualifiés de *raisonnables et probables* tant par la pratique judiciaire que par les directives gouvernant la conduite des procureurs de la Couronne.²⁹

27. *Id.*, 412.

28. *Ibid.*

29. *Id.*, 415; nos italiques. Le juge LeBel réfère aux rapports d'enquête suivants: R. BROSSARD, *Rapport de la commission d'enquête Brossard sur l'affaire Coffin*, Québec: Office d'information et de publicité, novembre 1964; et F. KAUFMAN, *The Commission on Proceedings Involving Guy-Paul Morin*, Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1998.

Ces énoncés proviennent du droit public relatif à l'administration de la justice pénale ainsi qu'au contrôle judiciaire de la légalité des actes et gestes posés par le procureur général et ses substituts. Ils recueillent à ce point l'unanimité en droit canadien que la Cour suprême du Canada n'a pas jugé utile, dans *Nelles*, d'y consacrer plus d'un rappel succinct³⁰. On peut s'interroger sur les considérations rationnelles qui ont motivé le juge LeBel à accorder autant d'attention³¹ au rôle du substitut dans le cadre du droit pénal canadien. Certes, vu le sérieux et la gravité tant des dommages subis par le demandeur intimé, que des manquements attribuables à la fois à notre système judiciaire pénal et au substitut du procureur général, dans cette affaire, il n'était peut-être pas superflu de procéder ainsi à un rafraîchissement des connaissances.

19. Ce long virage en droit public du contrôle judiciaire de la légalité des gestes de l'Administration semble toutefois poursuivre également l'objectif, chez le juge dissident, de modifier la perception de l'immunité et de la responsabilité extracontractuelle subsidiaire, du substitut. Plus loin dans son opinion, le juge LeBel n'hésite d'ailleurs pas à entremêler l'une et l'autre, retenue judiciaire à l'égard de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, et immunités fonctionnelles nécessaires au bon déroulement du processus judiciaire. Ainsi enchevêtre-t-il les deux notions et leurs fondements, pourtant distincts:

[...] l'existence d'une immunité est justifiée par une tradition de retenue judiciaire à l'égard de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires et par la nécessité d'éviter d'entraver indûment le déclenchement ou l'arrêt du processus accusatoires. À ce propos, on se rappellera que la révision judiciaire des décisions des substituts en cette matière est assujettie à une norme sévère, celle du carrément déraisonnable, découlant, encore une fois, de la common law. D'ailleurs, d'autres immunités existent déjà en faveur de participants au processus judiciaire, comme les parties, les témoins ou les avocats, ou encore les juges de paix et les juges. Cette même tradition de retenue judiciaire s'applique corrélativement au contrôle *a posteriori* de l'action des substituts, qu'implique le recours en responsabilité civile.³²

Bien que les deux notions, retenue judiciaire et immunité, poursuivent en dernier ressort un même but fondamental, soit la jus-

30. Précité, note 4, aux pages 191 et 192 de l'opinion du juge Lamer, sous le titre *Le rôle du procureur général et du procureur de la Couronne*.

31. *Proulx* [1999] 411-416.

32. *Id.*, 420-421.

tice, la primauté du droit ou *rule of law*, elles naissent de considérations différentes. La retenue judiciaire traduit le respect des cours de justice à l'égard du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et de l'autonomie relative du pouvoir politique, ou exécutif, qui en résulte. Les juges ne peuvent intervenir sans réserve dans les affaires de l'État. D'où les limites au contrôle judiciaire de l'Administration, patiemment établies par les cours supérieures elles-mêmes, en vertu de leurs pouvoirs inhérents de *common law* publique, implicites en droit constitutionnel anglais non écrit³³. Les immunités, au contraire, facilitent le fonctionnement du processus judiciaire, la mise en œuvre d'une instance judiciaire ou, encore, quasi judiciaire par ses intervenants: juges, commissaires, procureurs, témoins, parties et plaideurs. Les immunités ne se soucient guère de l'étanchéité ou des prérogatives des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Elles recherchent essentiellement l'efficacité de la justice judiciaire, notamment la quête, respectueuse d'un minimum de garanties et protections contre les abus, de la vérité factuelle, puis la découverte, consécutive à un débat franc et vigoureux, de la règle de droit. Lorsqu'il tentera par la suite de redessiner les contours de l'immunité relative du substitut du procureur général, le juge LeBel ne reviendra pas explicitement à cet inquiétant parallèle entre la retenue judiciaire en matière de contrôle de la légalité des actes de l'Administration, d'un côté, et, de l'autre, les immunités civiles offertes aux acteurs d'une instance judiciaire ou quasi judiciaire. Mais, outre qu'il a ainsi semé l'équivoque dans l'esprit du lecteur, le juge LeBel a pu laisser croire qu'il conçoit les immunités en matières quasi délictuelles, comme une dilution, une version moins stricte, de la retenue judiciaire en matière de contrôle de légalité. Pareille conception serait regrettable car fondée sur une méprise des raisons d'être et des effets de deux phénomènes juridiques voisins, si l'on veut, mais dissemblables.

B- Le régime de responsabilité du substitut du procureur général

20. Le libellé du titre qui coiffe cette seconde partie de l'importante dissidence du juge LeBel peut immédiatement susciter deux interrogations. Premièrement, ne convenait-il pas

33. Voir, notamment, *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982; et la toute récente *Baker c. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, C.s.C., n° 25823, du 9 juillet 1999.

d'aborder prioritairement, à l'instar de la Cour suprême du Canada dans *Nelles*³⁴, l'immunité même conférée à certains actes, plutôt que le régime de responsabilité, du procureur général et de ses substituts. Car l'immunité et la responsabilité, évidemment reliées, demeurent deux phénomènes juridiques distincts³⁵, surtout que la première, par définition et vu son appartenance au droit public, détermine l'étendue de la seconde, résiduaire et de droit privé. En outre on pourrait se demander s'il n'aurait été plus significatif, instructif, de compléter ce titre par l'addition des mots «en droit québécois», tout comme, du reste, le titre de la première et précédente partie de la dissidence précisait pertinemment «en droit pénal canadien». C'est bien, en effet, de ce droit québécois que voudra nous entretenir le magistrat dissident, désireux d'y aménager un régime de «responsabilité», ou serait-ce plutôt d'immunité, propre. Quoi qu'il en soit du titre affiché, ce régime nous sera dévoilé en quatre temps: 1) l'affirmation du droit public; 2) acte politique ou opérationnel? 3) l'étendue de l'autorité éventuelle de *Nelles*; et 4) la «traduction» de l'immunité relative en droit québécois.

1- L'affirmation du droit public

21. Le juge LeBel marque d'entrée de jeu un net progrès sur la jurisprudence québécoise qui a trop longtemps prévalu

34. À la p. 178, au Titre I. *Les différentes positions relatives à l'immunité*, et à la p. 191, II. *La position canadienne*, étant entendu évidemment que cette dernière est tout aussi «relative à l'immunité».

35. Comme l'explique M.K. WOODALL, «Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation», (1992) 37 *R.D. McGill* 83, 95, «Immunity» suggests a special rule that protects one from liability that would have been incurred but for the rule». C'est pourquoi P.-A. CÔTÉ, «La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise – Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*», (1994) 28 *Thémis* 414, 425, écrit: «Techniquement, la distinction politique/gestion ne fonde pas, en common law, une immunité de responsabilité, car la question de la responsabilité ne se soulève même pas lorsqu'il n'y a pas de *duty of care*». M.K. Woodall affirmait donc logiquement que «a government rendering a policy decision is not «immune» from private suit; rather, private law is simply irrelevant» (*ibid.*). Par contre, P. GIROUX et S. ROCHETTE, «La mauvaise foi et la responsabilité de l'État», dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 119, Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1999, 117, 122-123, ne font pas cas de cette précaution: «En vertu de la common law [...] l'autorité publique qui prend une décision qui entre dans la sphère politique n'est pas susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle si elle agit de bonne foi et d'une manière responsable, ce qui équivaut à une immunité relative [...] Si l'immunité relative peut être écartée, il faut appliquer le droit privé [...] L'immunité relative liée à la sphère politique est reconnue au Québec depuis l'arrêt *Laurentide Motels c. Ville de Beauport* [ci-après, note 51]».

et qui s'efforçait tant bien que mal de juger de l'amplitude de la responsabilité civile du procureur général et de ses substituts à la lumière du seul droit privé de notre *Code civil*, ou en lui donnant priorité écrasante sur le droit public, la *common law* publique. Sauf omission, c'est la première fois depuis des décennies que notre Cour d'appel nous donne à lire clairement que «[u]n recours fondé principalement sur l'exercice de la fonction d'autorisation des poursuites criminelles, en raison du caractère politique, discrétionnaire et quasi judiciaire de ce rôle, relève d'abord du droit public.» Du même souffle, le juge LeBel écrit que «[l]'on ne se trouve pas ici devant un simple problème de responsabilité professionnelle d'avocat, réglé par le droit de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle»³⁶. Ces heureuses affirmations contrastent singulièrement avec la doctrine et la jurisprudence qui ont répété jusqu'à récente date que l'État ou Sa Majesté, était, en matière de responsabilité civile, assimilé à un particulier et, comme celui-ci, entièrement régi par le droit civil privé.

22. Mieux encore, lorsqu'il se penche sur les sources juridiques de la responsabilité civile de l'État au Québec, le juge LeBel procède à leur décapage et rappelle que «l'immunité absolue traditionnellement accordée au souverain a été abolie au Québec dès la fin du XIXe siècle, comme le notait la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Cliche*^[37]»³⁸. Il explique ensuite, avec, apparemment, une quelconque ambivalence à leur égard, que «[b]ien que traitant de la procédure civile, l'article 94 C.P. a été considéré par plusieurs auteurs comme le fondement d'une reconnaissance d'un régime de responsabilité civile de l'État québécois»³⁹. Malheureusement pour les milieux juridiques intéressés à connaître «l'effet de l'entrée en vigueur du code civil [contem-

36. *Proulx* [1999] 416.

37. [1935] S.C.R. 561.

38. *Proulx* [1999] 416.

39. *Ibid.*; nous ne reprendrons pas ici l'argumentaire historique, statutaire et jurisprudentiel que nous avons commis dans J.-D. ARCHAMBAULT, précité, note 4, argumentaire qui débouchait sur le peu ou l'absence totale d'autorité de l'art. 94 C.p.c. sur la détermination des sources de la responsabilité en question. Nous poussions même la hardiesse jusqu'à y mettre en déférent doute certaines assertions, au demeurant glissées en *obiter dictum*, du juge Lamer dans *Nelles*, précité, note 4, et relatives aux sources juridiques et à la substance du régime de responsabilité quasi délictuelle de l'État québécois (*id.*, 554-555). À la page 420 de sa dissidence, le juge LeBel aborde certains «commentaires accessoires du juge Lamer», sans les décortiquer ni en tirer de véritables points d'appui. Chose certaine, la traditionnelle conviction doctrinale à l'effet que l'art. 94 C.p.c. recèle un régime de responsabilité civile de l'État, a la vie dure; P. GIROUX et S. ROCHETTE, précité, note 35, 117-118, écrivent: «en ce qui a trait à sa respon-

porain], de son préambule, comme de ses dispositions traitant de l'application du livre des obligations à l'État et aux personnes morales»⁴⁰, la Cour d'appel souligne, avec raison vu les dates de survenance du litige, «que le régime juridique de cette poursuite est entièrement fixé par le droit qui existait avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*^[41], le 1^{er} janvier 1994»⁴². En attendant un prononcé déterminant de la part des hautes instances judiciaires canadiennes sur le sujet, la doctrine cherche une voie⁴³, qui pourrait finalement, si l'on accorde foi aux *Commentaires du ministre de la Justice*⁴⁴, s'avérer par trop identique à l'antérieure, au *statu quo ante*. Or, et cela explique en partie l'attrait de l'arrêt de la Cour d'appel du 11 février 1999, les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle de la Couronne du Québec demeurent une *terra incognita* où rôdent concurremment droit public – législation et *common law* publique – puis droit privé, presque entièrement codifié. C'est donc via une question ciblée sur l'affaire pendante que le juge LeBel tente d'apprivoiser l'une et l'autre sources, droit public et droit privé: «[s]i aucun texte législatif ne leur accorde en

sabilité pour un préjudice causé à autrui, et sous réserve du droit public, le «gouvernement» québécois est assimilé par l'article 94 du *Code de procédure civile* à une «personne majeure et capable»». Plus explicite et, par le fait même, paradoxale, l'affirmation de J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1998, 72-73, à l'effet que «c'est seulement après 1965, que le Code de procédure civile québécois mit fin à la *procédure* de la pétition de droit, *procédure* à suivre lors des recours contre la Couronne provinciale, et prit *ainsi* en considération l'arrêt *Cliche* de 1935. Ainsi, de 1965 jusqu'au 31 décembre 1993 [veille de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*] le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle de la Couronne provinciale *résidait dans* l'article 94 du Code de procédure civile qui *assimilait* la Couronne à une personne majeure et capable pour *tout recours* dirigé contre elle [...] Par comparaison, la Couronne provinciale est donc soumise *directement et généralement* au droit commun de la responsabilité civile et *non supplétivement* comme pour la Couronne fédérale»; nos italiques.

40. *Id.*, 418; sont visés les art. 300, 1376 et 1464 *C.c.Q.*

41. L.Q. 1991, c. 64.

42. *Proulx* [1999] 409.

43. Voir les références énumérées à la note 12 de J.-D. ARCHAMBAULT, *La responsabilité extracontractuelle de l'État: le politique et l'opérationnel*, Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, 3.

44. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, art. 1376, 833: «[c]et article [1376 *C.c.Q.*] ne fait que codifier le droit actuel». Ledit article est libellé comme suit: «Les règles du [Livre des obligations] s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables».

termes exprès d'immunité *absolue*^[45] contre les recours pour poursuites criminelles abusives, cela signifie-t-il pour autant que le procureur général et les substituts n'en bénéficient pas? D'enchaîner illico le distingué magistrat, «[u]ne réponse affirmative risquerait d'assimiler totalement le régime de responsabilité pour les actes de puissance publique au régime général de responsabilité civile. Plus prudent, le droit public québécois paraît toujours retenir l'existence d'un certain nombre d'immunités provenant de la common law. Celles-ci ne sont exclues que lorsque le législateur en manifeste clairement l'intention»⁴⁶. Puisqu'il ne lui suffit guère, malgré tout l'ascendant de la Cour d'appel, d'affirmer des immunités de *common law* publique en faveur du défendeur appelant, le juge LeBel cherche à tâtons leur provenance sous trois angles.

23. Il franchit un premier pas en direction du droit législatif applicable à la Couronne⁴⁷, laquelle ne fait toutefois pas l'objet direct de la poursuite pendante, le procureur général ni le substitut n'étant ses préposés ou mandataires⁴⁸. La législature ontarienne⁴⁹ et, subséquemment, la Cour suprême du Canada dans *Nelles*, reconnaissent la distinction fondamentale, de droit public, entre le régime de responsabilité extracontractuelle de la Couronne elle-même, et celui des personnes investies de pouvoirs publics. La première jouissait de prérogatives, les secondes, nullement. Du reste il aurait été risqué de marier le droit des prérogatives, par définition réservées à la Couronne depuis sa genèse, et celui des immunités, élaborées par les Cours de justice et le

45. Nos italiques. À première vue, rien ne permet de comprendre le pourquoi de la présence de l'épithète *absolue*. Fallait-il qualifier l'immunité? L'affirmation serait-elle différente à l'endroit d'une immunité relative?

46. *Proulx* [1999] 416.

47. Art. 9 du *C.c.B.-C.*: «Nul acte de la législature n'affecte les droits ou prérogatives de la Couronne, à moins qu'ils y soient compris par une disposition expresse. [...]»; et art. 42 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16: «Nulle loi n'a d'effet sur les droits de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient expressément compris.»

48. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982, 483; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., tome III, Les Presses de l'Université Laval, 1989, 904-905.

49. *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, c. 393, qui au par. 5(6) met la Couronne à l'abri des procédures pour l'action ou l'omission d'une personne qui s'acquitte ou prétend s'acquitter d'une charge de nature judiciaire ou responsabilités relatives à l'exécution d'actes de procédure judiciaire. Cette disposition n'a évidemment pas empêché la Cour suprême du Canada, dans *Nelles*, précité, note 4, de diminuer l'étendue de l'immunité de *common law* du procureur général et de ses substituts.

législateur en faveur de certains actes ou gestes posés par la Couronne ou par ses sujets. À titre d'illustration, c'est bien la prérogative *The King can do no wrong* qui avait donné naissance à l'irresponsabilité extracontractuelle absolue de la Couronne. Puis le juge LeBel emprunte une seconde avenue limitrophe, celle tracée à l'égard des municipalités et autres corporations publiques, jusqu'à récemment régies par l'article 356 *C.c.B.-C.*⁵⁰. Il puise généreusement aux magistraux enseignements du juge Beetz dans *Laurentide Motels Ltd c. Ville de Beauport*⁵¹, qui rappelait l'autorité de la *common law* publique sur le droit québécois de la responsabilité extracontractuelle des corporations publiques, et y accueillait la distinction de droit public, politique-opérationnel, créée dans le cadre du *tort* de *negligence*⁵². Le juge LeBel sait évidemment que le droit des corporations, ou personnes morales en vertu de la nouvelle et plus juste appellation, de droit public, ne règle pas, à l'instar du droit de la Couronne et de ses prérogatives, le sort du procureur général et du substitut, en l'espèce. Ces derniers ne constituent ni la Couronne ou ses préposés ou mandataires, ni une corporation ou personne morale de droit public.

24. Alors seulement, le juge dissident s'avance-t-il précautionneusement sur la troisième et unique voie appropriée: «[p]ortant sur *l'exercice de pouvoirs publics* fondamentaux dans l'administration de la justice criminelle, les problèmes de responsabilité de l'État pour les substituts du procureur général ne peuvent ainsi s'analyser sans prendre en compte les règles de droit public»⁵³. Au soutien de cette dernière conclusion, le magistrat invoque trois arguments plus ou moins reliés. *Primo*, «[s]i le droit public doit guider les tribunaux dans la détermination du contenu du régime de responsabilité civile des municipalités et corps publics, *a fortiori*, il en va de même pour la responsabilité de

50. «Les [corporations] politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement». L'art. 300 *C.c.Q.* dispose plutôt que les «personnes morales de *droit public* sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables» (nous avons ajouté les italiques). En dépit du libellé de l'art. 300 *C.c.Q.* et de ce que l'on pourrait croire que le droit public, au Québec comme dans d'autres juridictions de droit codifié ou de *common law*, prévaut sur le droit privé, J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, précité, note 39, 74, écrivent: «Il y a donc assujettissement de principe au droit civil et, par exception, au droit public, même pour l'État provincial.»

51. [1989] 1 R.C.S. 705, 724-725.

52. J.-D. ARCHAMBAULT, précité, note 43, 26-31.

53. *Proulx* [1999] 417; nos italiques.

l'État, du procureur général et de ses substituts, représentants de la Couronne dans l'administration de la justice criminelle»⁵⁴. Tributaire d'une certaine logique, cette dialectique omet d'indiquer par quel cheminement juridique, texte de loi ou précédent judiciaire, la dimension publique des personnes morales de droit public se projette, se répercute – *a fortiori* – sur les auteurs de décisions quasi judiciaires, tels les substituts du procureur général ou ce dernier. Faute de solidité à toute épreuve, ce premier argument doit aussitôt être étayé par le suivant. *Secundo*, «de toute façon», comme s'il voyait là un incontournable à sa démonstration, le juge LeBel affirme que «ce principe fixé dans *Laurentide Motels Ltd.* a été établi en vertu du *Code civil du Bas-Canada, qui est également applicable au dossier sous examen*»⁵⁵. On nous permettra trois remarques relatives à ce second argument. En premier lieu, le *Code civil du Bas-Canada* a permis de faciliter l'importation de la *common law* publique dans le *dictum* de *Laurentide Motels Ltd.*⁵⁶, grâce au libellé spécifique de l'article 356 *C.c.B.-C.*, de droit public, qui s'adresse directement aux corporations politiques, ou publiques. En second lieu, aucune disposition du *Code civil du Bas-Canada* n'instaurait ni ne codifiait, à notre connaissance, quelque règle de droit public destinée aux auteurs de décisions judiciaires ou quasi judiciaires. En dernier lieu, il est d'une logique pour le moins étonnante de tenter de répondre à la *question* relative à la détermination des *sources* du droit, public et privé, applicables au dossier, en invoquant comme *argument* que l'une des composantes intrinsèques de la question, c'est-à-dire la *source Code civil*, «est également applicable au dossier».

25. Le troisième et ultime raisonnement élaboré par le juge LeBel nous semble en revanche combien plus rigoureux, conforme à notre droit public dans sa plus large acception, et étroitement taillé sur les contours du problème que la Cour d'appel est invitée à solutionner. «De toute façon», de réitérer l'honorable magistrat qui, ostensiblement, cherche une prémisse fondamentale à son raisonnement, et, estimons-nous, y parvient enfin, «le caractère public du débat ressort, comme on l'a vu, de la nature même du statut et de la mission du procureur général et de ses substituts et de leur pouvoir discrétionnaire. La mission du procureur général et de ses substituts ne saurait être assimilée à

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*; nos italiques.

56. Voir particulièrement les notes du juge L'Heureux-Dubé, précité, note 51, 772 et s.

celle d'un plaideur particulier^[57], parce qu'elle exige la prise en compte de questions d'intérêt public rattachées au rôle de l'État dans l'organisation et le fonctionnement du processus pénal et criminel»⁵⁸. Voilà donc pour la dimension *fonctionnelle* du substitut, individu objet de la réclamation en dommages-intérêts. Maintenant et aussitôt, pour sa dimension organique ou, mieux peut-être, *organisationnelle*, le juge LeBel enchaîne:

Certes, la propriété et les droits civils, ainsi que l'administration de la justice, relèvent de la compétence de chaque province en vertu des paragraphes 12, 13 et 14 de l'article 92 de la Constitution^[59]. Cependant, la gestion de la justice criminelle s'effectue dans un cadre législatif défini par le Parlement fédéral, en vertu duquel les substituts jouent un rôle substantiellement identique à travers le Canada, sous réserve de certaines variantes régionales. Le droit criminel, par lui-même, constitue une partie fondamentale du droit public. La common law «publique» ne saurait alors être écartée pour définir le cadre juridique de cette affaire.⁶⁰

Ce troisième argument possède le mérite non négligeable d'invoquer des considérations propres à l'exercice d'une tâche, à l'acquittement d'un devoir manifestement public plutôt qu'au statut ou rang de la personne qui les accomplit. Au risque d'une redite, rappelons que, même s'il fut autrefois connu sous l'appellation «procureur de la Couronne», le substitut, pas plus que le procureur général du reste, n'est un préposé de la Couronne, ni, encore moins, une personne morale de droit public. Tout comme le juge⁶¹ jouit d'une immunité absolue en raison non pas de son statut, ni de sa personne, mais bien des devoirs judiciaires qu'il remplit et des actes de même nature qu'il pose, le substitut se voit conférer une immunité relative fonctionnelle à l'égard de ses décisions et gestes quasi judiciaires. Autrement dit, l'immunité en question n'émane ni de la qualité de fonctionnaire de l'État, ni de l'appartenance au Barreau du Québec, ni de toute autre caractéristique personnelle du substitut, mais plutôt de son rôle, sa mis-

57. Nous soulignons que si, effectivement, la mission du substitut ne saurait être assimilée à celle d'un plaideur particulier, cela ne signifie pas cependant que ce dernier ne bénéficie pas d'une immunité relative à l'égard de ses actes et procédures judiciaires ou quasi judiciaires. Le juge LeBel prendra soin de noter que «[d']ailleurs, d'autres immunités existent déjà en faveur de participants au processus judiciaire, *comme les parties*, les témoins ou *les avocats*, ou encore les juges de paix et les juges» (Proulx [1999] 420-421; nos italiques).

58. *Id.*, 418.

59. *Loi constitutionnelle de 1867*, (L.R.C. (1985), app. II, n° 5).

60. Proulx [1999] 418.

61. *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716.

sion ou participation, dans les rouages de l'administration de la justice pénale canadienne, constitutionnellement organisée.

26. Parvenu à la «reconnaissance de la légitimité de l'application du droit public et du régime des immunités de la common law»⁶², le juge LeBel voudra maintenant explorer ce droit et ce régime, pour en identifier le contenu normatif applicable au litige. Il formulera alors trois questions sur lesquelles se concentreront nos trois prochaines sections, questions dont transpirent, à notre avis, certains quiproquos relatifs à la *common law* publique canadienne et québécoise.

2- *Acte politique ou opérationnel?*

27. «La première [question] est: la qualification des fonctions du procureur général et de ses substituts, plus précisément de la décision même de porter des accusations contre une personne, seront-elles qualifiées d'actes de gestion ou d'actes de puissance publique?»⁶³ Avant même d'y esquisser quelque réponse, l'on peut avec déférence douter de la pertinence de cette question dans la présente instance. En effet la *common law* publique, bien qu'elle ait indubitablement importé en droit canadien⁶⁴ et québécois⁶⁵ la distinction politique-opérationnel et ses conséquences sur le régime de responsabilité extracontractuelle d'une autorité publique, ne fait pas de cette distinction un usage universel. La dichotomie politique-opérationnel a été conçue par la *common law* publique et ne s'y applique que dans le cadre du *tort* de *negligence*, où la distinction a facilité l'imposition, à l'Administration, d'une obligation de diligence (*duty to care*)⁶⁶. Peut-être faut-il rappeler que les *torts* de la *common law* privée ne reposent pas, contrairement à la responsabilité extracontractuelle de notre droit civil québécois, sur un axiome aussi vaste et souple que celui de la faute génératrice de dommages⁶⁷. Outre la *negligence*, les *torts* connaissent notamment la *nuisance* (trouble

62. Proulx [1999] 418.

63. *Ibid.*

64. J.-D. ARCHAMBAULT, précité, note 43, 63-96.

65. *Laurentide Motels c. Beauport*, précité, note 51; *Maska Auto Springs c. Ste-Rosalie (Corp. municipale du village de)*, [1991] 2 R.C.S. 3; *Québec (P.G.) c. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821 (C.A.); *Guimond c. Québec*, [1996] 3 R.C.S. 347.

66. J.-D. ARCHAMBAULT, précité, note 43, 1-2 et 26-31.

67. R. DAVID, dans *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1982, 367, écrivait: «[...] on ne songera pas en Angleterre à poser des principes généraux tels que l'on trouve dans les codes du continent européen et

de voisinage), la *misfeasance in a public office* (exercice illicite d'une charge publique⁶⁸), l'*assault* (menace à l'intégrité physique), le *false imprisonment* (détenion illégale), pour ne pas les énumérer tous. Or, le *tort* de *malicious prosecution*, poursuite abusive ou malicieuse, diffère, comme chacun d'entre eux, des précédents *torts*, y compris de la *negligence*.

28. En aucun moment la Cour suprême du Canada ne s'est-elle intéressée à la question de savoir de quel côté de la clôture politique-opérationnel les actes reprochés par M^{me} Nelles au procureur général de l'Ontario et à son substitut devaient tomber. Pourtant, quand elle prononce la décision *Nelles*, le 14 août 1989, la plus haute cour du pays connaît parfaitement, il va de soi, autant sa décision première *Kamloops c. Nielson*⁶⁹, que son arrêt tout récent, du 20 avril 1989, *Laurentide Motels*⁷⁰. Suivront, du reste, avant la fin de 1989, les sentences *Just c. Colombie-Britannique* et *Rothfield c. Manolakos*⁷¹, toutes deux consacrées à préciser les tenants et aboutissants de la désormais cardinale distinction en matière de *negligence*. Or, *Nelles* ignore totalement la scission politique-opérationnel, car le litige résultait d'une *malicious prosecution*, tout comme, presque simultanément, *Tock c. St-John's Metropolitan Area Bd.*⁷² n'en dit mot, puisque la Cour suprême du Canada y résolvait un cas de *nuisance*. Le professeur P-A. Côté entrevoyait avec perspicacité le défi que notre Cour d'appel est conviée à relever:

Si l'on doit, en matière de responsabilité extracontractuelle des municipalités québécoises, examiner la common law pour en dégager des règles de droit public applicables au Québec, ne faudrait-il pas, au préalable, se demander, compte tenu des faits, quel *tort*, quel délit civil un justiciable d'un pays de common law aurait pu invoquer avec succès dans les circonstances? Cette opération hautement spéculative peut sembler nécessaire, car, en principe, il faudrait *a priori* éviter que les règles de droit public, dégagées de la

spécialement dans le Code civil français. Les différents types de faute et de préjudice, les circonstances variées dans lesquelles un dommage a pu être subi appellent des règles propres. Ignorant la notion abstraite de faute, les juristes anglais ne connaîtront que différentes espèces de comportements illicites, une variété de *torts*, et dans le cas du *tort* de «negligence» ils se demanderont s'il existait ou non dans les circonstances une obligation de vigilance (*duty of care*) à la charge du défendeur.»

68. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

69. [1984] 2 R.C.S. 2.

70. Précité, note 51.

71. [1989] 2 R.C.S. 1228 et 1259.

72. [1989] 2 R.C.S. 1181.

jurisprudence de common law aient, au Québec, une portée qui ne correspond pas à leur portée en common law.

Or, cette portée dépend notamment du *tort* invoqué. Par exemple, la défense fondée sur la nature politique de l'action ou de l'inaction qui cause un préjudice présente le caractère d'une règle de droit public, mais qui peut être invoquée seulement dans le cadre du *tort* de *negligence*. Transposée au Québec, devrait-on l'appliquer dans les litiges qui, en common law, relèveraient, par exemple, du droit de la *nuisance*?

On voit combien sera délicate l'opération de transposition des règles de la common law publique en droit civil, dans la mesure, notamment, où elle exigera du juriste québécois une grande familiarité avec la common law des *torts* et un processus de détermination de la portée des règles de common law qui risque de tenir parfois de la divination.⁷³

La dissidence inscrite dans *Proulx* a tout de même, sans que la raison ne nous en soit livrée, utilisé l'outil politique-opérationnel, pour conclure que les actes attaqués relevaient «du régime juridique applicable aux actes de puissance publique»⁷⁴, c'est-à-dire aux actes politiques. Ce recours à la distinction politique-opérationnel comporte un triple écueil. Un, il laisse croire qu'elle constitue un passage obligé dans toute poursuite en responsabilité extracontractuelle entamée contre quelque autorité publique. Deux, il affirme qu'elle dresse un étalon de mesure adéquat d'un acte qualifié de quasi judiciaire⁷⁵, notamment «la décision même

73. P.-A. CÔTÉ, précité, note 35, 425.

74. *Proulx* [1999] 419.

75. À la note 412 de notre ouvrage précité, note 43, 122, à laquelle réfère expressément le juge LeBel (*id.*, 418), nous affirmions que *Nelles* avait tranché «une poursuite civile entamée contre l'État à raison de sa mise en œuvre opérationnelle d'une loi, en l'espèce le *Code criminel*». Bien que la Cour d'appel du Québec estime au contraire qu'il s'agit-là d'un acte politique (et elle a peut-être raison à l'égard de certains actes du procureur général, mais peut-être tort à l'égard de certains actes de ses substituts: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, précité, note 24, 27-28 et 79-82), le débat demeure, à notre avis, stérile, vu son impertinence au *tort* de *malicious prosecution*, en l'espèce. Notre note 412, illustratrice d'un courant jurisprudentiel canadien, accompagnait le corps de texte suivant, que nous prenons la liberté de réitérer: «les tribunaux rencontrent parfois l'application non seulement invalide mais abusive, harcelante, excessive ou arrogante d'un règlement, par les préposés publics [policiers, fonctionnaires, inspecteurs, etc.]. La common law abandonne alors le terrain de la *negligence* pour se porter vers les *torts* d'abus d'autorité publique (*abuse of process, abuse of public authority*) et d'exercice illégal d'un pouvoir public (*misfeasance in a public office*). Nous n'étudierons pas ici le droit substantif, du reste hésitant, de ces deux derniers *torts*, si ce n'est dans la mesure où leur persistance en common law, à l'écart de la distinction politique-

de porter des accusations contre une personne». Enfin, il entre en conflit apparent avec les propres affirmations du juge LeBel, en réponse à sa seconde question au paragraphe suivant, et prolongera la confusion des sources du droit ainsi que des normes, «motif raisonnable et probable» et «malice ou mauvaise foi», jusqu'à sa troisième question exposée au titre 4 *La «traduction» de l'immunité relative en droit québécois*.

3- *L'étendue de l'autorité éventuelle de Nelles*

29. Originaire de l'Ontario, *Nelles* s'applique-t-il, et dans quelle mesure, au Québec? En cours de réponse, le juge LeBel surprend le lecteur en martelant, après avoir néanmoins utilisé la distinction politique-opérationnel, que le «raisonnement du juge Lamer [dans *Nelles*] reposait sur l'analyse du contenu du *Tort of malicious prosecution* et des considérations d'intérêt public, qui commandaient de protéger le procureur général et ses substituts contre une avalanche de poursuites, en respectant toutefois le droit des citoyens d'être indemnisés par des abus procéduraux»⁷⁶. S'il avait véritablement perçu le sens entier de sa référence au *tort* particulier de *malicious prosecution*, le juge LeBel n'aurait peut-être pas voulu fouler, comme il l'a fait à la question précédente, les sentiers du *tort* de *negligence*, pour déboucher sur la distinction politique-opérationnel.

30. En outre, bien qu'il ait précieusement contribué à l'ordonnement des sources du droit québécois pertinent en y rappelant l'autorité prépondérante de la *common law* publique puis de *Nelles*, le juge LeBel trace une ligne indéfinie entre le droit

opérationnel, rappelle deux phénomènes. D'abord, les tribunaux n'abordent pas toutes les poursuites en responsabilité civile de l'État et consécutives à la mise en œuvre, opérationnelle, d'une norme légale ou réglementaire, en étalonnant les faits à l'aide de la *common law* privée qui régit normalement les actes opérationnels. En second lieu, même quand elles y ont identifié une invalidité opérationnelle, les cours exigent en outre la preuve d'une intention malveillante, d'une mauvaise foi ou d'un comportement équivalent, chez le préposé de l'État.»

76. *Proulx* [1999] 419; pareillement: «Le juge Lamer a utilisé l'occasion de l'examen du recours civil prévu en Ontario, c'est-à-dire le *Tort of malicious prosecution*, pour énoncer un principe de droit fondamental et pour discuter du lien entre le régime d'immunité et le droit privé en vigueur dans une action en responsabilité extracontractuelle», puis «[i] est vrai que l'arrêt *Nelles c. Ontario* a été jugé sur la base du *Tort of malicious prosecution*, une action de *common law* privée, étrangère au droit québécois de la responsabilité civile» (*id.*, 420). Nous reviendrons sur cette dernière assertion relative au droit québécois, au titre 4 *La «traduction» de l'immunité relative en droit québécois*.

public et le droit privé, présumés contenus dans cette décision angulaire, ligne incidemment extrapolée en droit québécois. Ainsi le raisonnement suivant, par sa vive alternance, n'emporte pas d'emblée adhésion:

les considérations de politique administrative et judiciaire examinées dans *Nelles c. Ontario* relèvent du *droit public*. Portant sur la mise en œuvre du droit national applicable partout au Canada, elles intéressent le *droit privé* ontarien mais doivent être prises en compte pour déterminer la nature des règles de *droit public* encadrant l'action en responsabilité pour poursuites abusives entamées par le procureur général et ses substituts au Québec⁷⁷.

Ce va-et-vient entre droit public et droit privé est d'autant plus désorientant qu'il suit immédiatement une autre phrase connexe qui, à première vue, semble polariser, d'un côté, le *régime* d'immunité, et, de l'autre, le droit privé: «[l]e juge Lamer a utilisé [*Nelles*] pour discuter du lien entre le *régime* d'immunité et le droit privé en vigueur dans une action en responsabilité extracontractuelle⁷⁸. Quelques lignes plus loin, le justiciable lira cependant que «[l]'objet central du débat [dans *Nelles*] reste non pas le droit privé ontarien, mais la question de l'immunité du procureur général et de ses substituts». Jusque-là, il nous est difficile de savoir exactement «dans quelle mesure l'arrêt *Nelles* [...] trouve application au Québec». Certes si, à n'en pas douter, premièrement, le *régime d'immunité* est une question de droit public, et, deuxièmement, *Nelles* traite de ce régime d'immunité, alors, troisièmement, les règles de *Nelles* relatives au régime d'immunité font autorité au Québec. Bien. Ce n'est toutefois qu'à la discussion générée par la troisième et dernière interrogation soulevée dans la dissidence de *Proulx*, que l'on pourra finalement savoir ce que notre Cour d'appel entend par «*régime d'immunité*». À ce point seulement nous sera-t-il loisible de donner à cette expression un contenu, déterminé, de droit public ou de droit privé, afin de mesurer l'ascendant concret, palpable, de *Nelles* et de la *common law* publique sur le droit québécois de la responsabilité extracontractuelle du procureur général et de ses substituts au Québec, ascendant définitivement au cœur du litige *Proulx*. En d'autres termes, le «*régime d'immunité*» hérité de *Nelles* est-il une creuse coquille de droit public qui doit être remplie de droit privé, ou, à l'inverse,

77. *Id.* 420; nos italiques.

78. *Ibid.*; nos italiques.

fournit-il à la fois l'enveloppe et son contenu – les quatre critères énoncés par le juge Lamer – tous deux de droit public? Bref, en présupposant qu'il «devra examiner comment l'immunité relative reconnue au procureur général et à ses substituts se traduit en droit québécois», ultime volet de son raisonnement, le juge LeBel a déjà préalablement arrêté que la *common law* publique du «régime d'immunité» en litige n'a aucun ou peu de contenu autre que de droit privé. Pas plus que nous n'avons été instruit des raisons pour lesquelles le *tort* de *malicious prosecution* devait préalablement franchir le test politique-opérationnel, nous ne connaissons les considérations en vertu desquelles une immunité de *common law* publique doit faire l'objet d'une «traduction» en droit privé québécois⁷⁹. Affirmer utilement, comme le fait le juge LeBel, que «l'arrêt *Nelles c. Ontario* a été jugé sur la base du *Tort*

79. Le professeur P.-A. CÔTÉ, précité, note 35, 428, ailleurs mentionné sur d'autres points par le juge LeBel, *id.*, 428, aurait peut-être influencé ce dernier. Le professeur Côté avait en effet écrit: «le fait que, pour un cas donné, les tribunaux, en contexte de *common law*, aient décidé de ne pas assujettir l'Administration à un régime exorbitant de responsabilité n'autorise pas à conclure que, dans un cas semblable, l'Administration québécoise devrait être soumise intégralement au droit civil. L'arrêt récent *Nelles c. Ontario* permet d'illustrer cette proposition. La Cour suprême y a décidé que, dans le cas d'une action pour poursuites abusives intentée notamment contre le procureur général de l'Ontario, l'intérêt public ne justifiait pas que soit reconnue une immunité de responsabilité: les règles de droit commun de *torts* en la matière ont été jugées suffisamment exigeantes envers le demandeur [...] Pour bien saisir la portée de cet arrêt au Québec, il faut souligner que, selon la *common law* des *torts*, le demandeur qui invoque le délit civil de poursuites abusives (*malicious prosecution*) doit établir que le poursuivant a agi en l'absence de cause raisonnable et probable et qu'il avait une intention malveillante ou visait un objectif principal autre que celui de l'application de la loi [...] Étudiant la question dans une véritable perspective de responsabilité publique, [la Cour suprême du Canada] a jugé que la règle de *common law* *privée* [nous ajoutons les italiques] établissait un juste équilibre entre les droits de la victime et les droits de l'Administration». Dans les deux dernières phrases de son argumentation, le professeur Côté assume tout naturellement que la règle – en réalité une immunité relative en faveur des particuliers – de *common law* qui impose de prouver les deux éléments cumulatifs, constitue une règle de droit *privé*. Or, comme nous le verrons subséquemment à la partie 4 *La «traduction» de l'immunité relative en droit québécois*, rien n'est moins sûr que le caractère privé des immunités octroyées par la *common law* aux acteurs et intervenants du processus judiciaire ou de l'administration de la justice pénale ou civile, qu'ils soient de simples particuliers, citoyens, policiers, agents de la paix ou juges de paix, etc. La *common law*, issue d'une pensée juridique unitaire, ne se soucie guère, contrairement à la tradition continentale, de distinguer ni d'étiqueter les règles, selon qu'elles appartiendront au droit public ou au droit privé. Il reste toutefois que les immunités, absolues ou relatives, conférées à des personnes physiques, des particuliers, constituent indubitablement des immunités de *common law* publique, telle l'immunité relative tribulaire des poursuites malicieuses ou abusives (*malicious prosecution*). Sauf égards dus à la plus respectée doctrine, qu'il nous soit permis en conséquence de douter de la

of malicious prosecution, une action de common law privée, étrangère au droit québécois de la responsabilité civile»⁸⁰, ne règle pas la question, décisive en l'occurrence, d'identifier la source, la nature et le contenu normatif de l'*immunité* qui, dans *Nelles*, vient contrer ce *tort*, limiter l'étendue, l'empire de la responsabilité civile, de *common law* privée tout comme du *Code civil*.

4- La «traduction» de l'immunité relative en droit Québécois

31. «Comment l'immunité relative reconnue au procureur général et à ses substituts se traduit[-elle] en droit québécois?» Directement, le juge LeBel s'empresse de dicter que l'«existence d'une immunité, même relative et partielle, impose la preuve d'une faute qualifiée»⁸¹. Pourtant, et la précision est plus que théorique ou sémantique, le droit positif veut plutôt que l'existence d'une immunité impose au poursuivant la preuve de quatre éléments dont certains n'ont rien à voir avec la faute «qualifiée», ni le droit privé, de *common law* ou codifié. Le juge dissident ne tarde d'ailleurs pas à reproduire le cadre exact élaboré par le juge Lamer, qui requiert les quatre éléments probatoires suivants:

- a) les procédures ont été engagées par le défendeur;
- b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
- c) l'absence de motif raisonnable et probable;
- d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi».⁸²

En dépit de ce que le juge Lamer affirme que, en l'affaire pendante, les «deux premiers éléments sont clairs et, d'une manière générale, se passent d'explication»⁸³, l'étude sommaire de leurs origine et contenu nous permettra d'en cerner la qualité, publique ou privée, en *common law* puis en droit québécois.

justesse de son affirmation à l'effet que «l'arrêt *Nelles* ne pose pas une règle transposable au Québec puisque la Cour a appliqué à la responsabilité de l'Administration ontarienne la même règle de *common law* privée» (*ibid.*). C'est ce dernier mot, qui soutient tout l'édifice de l'argumentation, que nous jugeons incorrect. En effet pourquoi faudrait-il que toute relation entre particuliers, y compris dans le cadre de recours judiciaires ou de l'exercice de pouvoirs publics, l'accomplissement de devoirs civiques, soit régie par le droit ou la *common law* privée?

80. *Proulx* [1999] 420.

81. *Ibid.*; nos italiques.

82. *Nelles*, précité, note 4, 192.

83. *Ibid.*

32. Exiger, en première condition, que les procédures pénales, incidemment dans l'affaire *Proulx*, aient été engagées par le substitut, défendeur, constitue pratiquement une évidence, une lapalissade. À tel point qu'on pourrait s'interroger sur les motifs de l'insistance de la *common law* à en faire mention⁸⁴. Ici convient-il de relever que *Nelles* a aboli l'immunité absolue dont bénéficiaient le procureur général et ses substituts à raison de poursuites erronées ou prétendues abusives engagées par eux, pour y substituer une immunité relative dont jouissait tout particulier en semblable circonstance. Or, le rôle, l'initiative et l'encadrement juridiques des particuliers qui engagent des poursuites pénales contre un individu, sont, dans les juridictions qui les autorisent, beaucoup moins clairement définis, restreints ou limités que ceux réservés, parfois exclusivement, au procureur général et à ses substituts, comme c'est chez nous le cas. Il suffit de jeter un coup d'œil le moins attentif sur la doctrine⁸⁵ de *common law* pour se rendre compte que cette première condition, également souvent applicable aux simples citoyens, n'est pas si évidente, d'une part, et que, d'autre part, elle soulève des difficultés qui logent à des lieues, voire en un univers autre que celui du droit privé de la faute, fût-elle «qualifiée». Cette première condition, quelles qu'en soient la complexité ou l'évidence à l'égard des gestes quasi judiciaires du substitut, appartient à la *common law* «publique». Elle porte essentiellement sur l'utilisation que fait un particulier, agent de la paix ou policier, en sa qualité de sujet de Sa Majesté, des pouvoirs publics accordés, confiés à tous pour assurer la paix et l'ordre public dans le Royaume. Celui qui porte une plainte ou dénonciation pénale ou une accusation de cette nature, même s'il agit de sa propre et personnelle initiative, ne pose pas un geste privé: il utilise les pouvoirs *publics* que le Souverain, l'État

84. Voir G.H.L. FRIDMAN, *Torts*, Waterlow Publishers, 1990, 580 et s., qui ne fait aucune mention de cette première condition.

85. La doctrine démêle en effet, sur la foi d'une jurisprudence pluraliste, les conditions normatives et factuelles dans lesquelles un individu, un agent de la paix, un policier ou toute autre personne qui participe au processus parfois complexe de la dénonciation, de la plainte, de la mise en accusation et de la conduite du procès, «engage» les procédures pénales subséquentes taxées de poursuites malicieuses: CLERK et LINDSELL, *On Torts*, 16^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1980, 1042 et s.; J.G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9^e éd., LBC Information Services, 1998, 674 et s.; B.S. MARKESINIS et S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, 369 et s.; S.M.D. TODD, *The Law of Torts in New Zealand*, The Law Book Co. Ltd., 1991, 770 et s.; WINDFIELD AND JOLOWICZ, *On Tort*, 14^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1994, 574 et s.

ou la puissance publique confiée à tous⁸⁶. Quand le législateur réserve à l'Exécutif le monopole des poursuites ou accusations pénales dans une juridiction, il n'enlève pas au simple citoyen, agent de la paix ou policier, un droit privé, mais un droit public. Cette dimension fondamentalement publique du recours, par un justiciable, à la justice pénale, ou civile du reste, notre droit québécois l'a perdue de vue, confondant ici la personne elle-même, privée, de l'individu, et là sa qualité, sa fonction, publique. Car un particulier qui entame des procédures, même civiles, contre un autre particulier, fait usage de la puissance publique, de la force contraignante d'assignation, de comparution, d'exécution ou, en cas extrême, d'outrage aux institutions, que le Souverain accepte de mettre à sa disposition. Bref, avant d'arriver à l'étude des critères de l'immunité relatifs à la démarche cérébrale, rationnelle («motif raisonnable et probable») et à l'objectif ou au but personnel («l'intention malveillante») qui animaient le poursuivant défendeur, la *common law* a voulu déterminer si le rôle «technique» joué par ce défendeur, et non son identité physique personnelle, dans le processus de l'administration de la justice pénale à l'intérieur du Royaume, permettait réellement que la cour lui impose de venir répondre devant elle de ses gestes. Cette première étape est strictement de droit public, d'analyse des méandres de l'administration de la Justice, totalement étrangère à faute ou au droit privé. Enfin, le fait que cette condition soit devenue, lorsque appliquée au procureur général ou à son substitut, simplissime, superfétatoire si l'on veut, ne l'a point transportée vers la *common law* privée, pas plus que vers le *Code civil*.

33. En deuxième condition, d'insister le juge Lamer, «le tribunal [pénal] a rendu une décision favorable au demandeur», ce qu'il ne faut évidemment pas limiter à acquittement. Derechef, cette prémisse ne poserait apparemment pas de difficultés majeures, encore que notre jurisprudence québécoise, si poussiéreuse qu'elle s'est enfoncée dans l'oubli collectif, a, jusqu'à un passé trop peu lointain, occasionnellement fait fi de la seconde exigence⁸⁷. Qu'importe, de toute façon, sa facilité ou sa complexité

86. Voir les définitions et restrictions prévues aux art. 2, 504, 574(3) et 785 du *Code criminel*, précité, note 22.

87. Voir, pour une application orthodoxe de ce second critère, *Huard c. Dunn*, (1871) 3 R.L. 28; *Filiatrault c. McManus*, (1895) 8 S.C. 163; *Montreal c. Lacroix*, (1909) 19 B.R. 385, 411; *Mignault c. The Grand Trunk Ry Co.*, (1911) 40 C.S. 475. Par contre, dans *Richard c. Goulet*, (1914) 45 C.S. 374, 384, et *Stacey c. Demers*, (1940) 78 C.S. 320, 326, la Cour supérieure exige plus qu'une décision simplement favorable à l'accusé demandeur, dont la plainte ou l'acte d'accu-

de mise en œuvre, ce second critère relève essentiellement du droit pénal, criminel⁸⁸, donc du droit public. Sauf erreur, il nous est impossible de concevoir comment le droit privé peut jeter quelque éclairage sur la question de savoir si un tribunal pénal a

sation a été renvoyé pour défaut de forme: elle ne recevra la poursuite civile que si l'accusé demandeur a été véritablement acquitté au terme de son procès. Pire, dans *D. c. Montréal*, (1947) R.L. 257 (C.S.), le tribunal accueillera une poursuite consécutive à arrestation abusive, fondé sur absence de «cause raisonnable et probable» en dépit de la condamnation pénale de l'accusé demandeur qui s'en était suivie. De même en sera-t-il de *Atlas Industries Ltd c. Campagnat*, [1949] C.S. 489, 491, qui affirme que «dans une action en dommages-intérêts pour arrestation illégale [sans cause probable] l'acquiescement par un tribunal de droit criminel est étranger au litige [civil]». Dans *Chevalier c. Montréal*, [1951] C.S. 356, 358, on lit: «Que le recorder ait acquitté le demandeur lors du procès, ce qui est admis, n'a rien à faire avec la présente cause [civile] et ne peut constituer chose jugée». Encore dans *Dufour c. Tremblay*, [1954] C.S. 343, 348, la cour exhume les propos du juge Lafontaine, du début du siècle, dans *Montréal c. Lacroix*, (1910) 19 B.R. 385, 393, à l'effet que «si, au lieu d'alléguer simplement un ensemble de circonstances permettant de croire à la culpabilité de l'accusé, le dénonciateur [défendeur au civil] a entre les mains la preuve certaine de la culpabilité de cet accusé [demandeur], preuve certaine qu'il n'avait pas au moment où le procès a eu lieu, je ne vois pas comment on pourrait interdire à cette personne de pouvoir invoquer le fait de la culpabilité réelle de la personne qui a été accusée en réponse à une demande de dommages-intérêts, alors même que la dénonciation se serait terminée par l'acquiescement de l'accusé.» Tout récemment, en 1995, la Cour du Québec a accepté d'investir temps et énergie dans «une audition longue et pénible d'une semaine» (à la p. 1271) consécutive à la poursuite en dommages-intérêts entamée contre un substitut du procureur général du Québec, par un demandeur auparavant bel et bien condamné pour voies de fait contre sa concubine, et débouté de son appel de cette condamnation. Et la cour, avant le rejet de l'action, de conjecturer: «L'argumentation [...] nouvelle et extrêmement bien étayée [...] du procureur du défendeur relativement à l'immunité «relative» des procureurs de la Couronne soulève un vieux débat qui a fait l'objet d'une jurisprudence non concordante des tribunaux tant américains que canadiens.[...] Même si ce genre de procédure en dommages-intérêts contre les substituts du procureur général peuvent être pénibles et éprouvantes [sic] pour ces derniers, ceux-ci, exerçant une fonction publique, ne peuvent éviter que les justiciables, à tort ou à raison, ne se prévalent honnêtement des recours en justice prévus par le droit civil lorsqu'ils croient avoir été victimes d'un acte volontairement malicieux ou empreint de négligence grossière, acte qui leur aurait causé des dommages»: *Falardeau c. Bordeleau*, [1995] R.J.Q. 1267 (C.Q.). De l'exigence de démontrer une «décision [pénale] favorable au demandeur», point de mention. Heureusement, le juge Letarte écrivait en 1997 que «le plaidoyer de culpabilité, même s'il faut en reconnaître les restrictions, est un élément difficilement compatible avec un recours en dommages-intérêts pour ... abus de procédures criminelles»: *Van Rassel c. R.*, [1997] R.R.A. 333, 339 (C.S.). Dans ce dernier cas, le demandeur soutenait qu'il avait dû plaider coupable à certaines accusations criminelles, parce qu'il n'avait plus les moyens financiers d'assurer sa défense. Le tribunal écarte à raison la réclamation, sans toutefois invoquer quelque jurisprudence ou doctrine.

88. Voir les ouvrages de doctrine mentionnés à la note 85, précitée, qui procèdent tous, dans le même ordre, à l'analyse du second critère «Favorable termination of the proceedings».

rendu une décision favorable ou non à l'égard de celui qui, présentement engagé dans une instance civile en responsabilité extracontractuelle, allègue avoir été malicieusement accusé ou poursuivi par le procureur général ou son substitut, défendeur. En d'autres termes, la question de savoir si la décision de nature pénale rendue par la Cour d'appel du Québec dans *Proulx c. R.*⁸⁹ le 20 août 1992 fut «une décision favorable» à l'accusé, par la suite devenu demandeur intimé, était, le 11 février 1999, dans la cause civile *Québec c. Proulx*, une question de droit, de *common law*, public. Même si le demandeur intimé Proulx poursuivait le procureur général et son substitut en matière civile, l'immunité relative invoquée par ceux-ci exigeait que la Cour d'appel, le 11 février 1999, examine sa propre décision pénale du 20 août 1992 afin de voir si, uniquement à la lumière du droit pénal et de la *common law* de la *res judicata*, cette décision pénale fut «favorable» à Proulx. Comme la réponse était, en l'occurrence, évidente, les trois juges de la Cour d'appel de 1999 n'ont pas approfondi ce critère, ni ses origine et nature de droit public et pénal.

34. En somme il fallait, depuis Québec, lire avec la plus grande vigilance l'affirmation du juge Lamer, au demeurant irréprochable eu égard aux circonstances de l'affaire *Nelles* et dans un contexte de droit ontarien fondé sur une *common law* qui n'a pas à se soucier de la division publique/privée, affirmation à l'effet que «[l]es deux premiers éléments sont clairs et, d'une manière générale, se passent d'explication. Les deux derniers en revanche exigent une analyse détaillée»⁹⁰. Notre Cour d'appel a donc pris au pied de la lettre, hors contexte, ces deux phrases du juge Lamer, pour sauter immédiatement à la «traduction» en droit québécois des troisième et quatrième éléments probatoires, présumant que le *contenu* de l'immunité relative appartenait au droit privé. Or, vu l'intérêt particulier que revêt au Québec l'identification précise des sources du droit, l'étude par notre Cour d'appel des deux premiers éléments aurait pu démontrer, comme nous le soumettons, que ceux-ci participent carrément de la *common law* publique, applicable telle quelle au Québec. Cette étude et éventuellement la conclusion à laquelle elle nous a mené, auraient en outre forcé le débat sur la question subsidiaire suivante: si les deux premiers éléments de l'immunité relative, effectivement clairs en l'espèce, appartiennent à la *common law*

89. Précité, note 8.

90. *Nelles*, précité, note 4, 192.

publique, pour quelles raisons les deux derniers éléments, bien que requérant une analyse détaillée, relèveraient-ils de la *common law* privée ou du droit privé? Toute réponse aurait eu l'avantage de mieux amarrer les énoncés des sources du droit québécois et de donner de meilleures assises à l'analyse des deux derniers éléments de l'immunité relative en litige.

35. Quand il a complété une brève description des deux derniers éléments, «l'absence de motif raisonnable et probable»⁹¹ et «l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi»⁹², le juge Lamer insiste sur le lien cumulatif, et non alternatif, qui unit ces troisième et quatrième conditions requises:

Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de «représentant de la justice».⁹³

Le juge LeBel a fidèlement transcrit et la précédente insistance du juge Lamer sur le caractère cumulatif des deux derniers éléments de l'immunité, et leur description par le même haut magistrat. Le juge LeBel met aussitôt le cap sur ce qu'il estime être le droit québécois, droit vers lequel il veut traduire ces troisième et quatrième éléments.

91. «Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [...] la croyance de bonne foi [»an honest belief«] en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question [...] Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury»: *id.*, 193.

92. «L'élément *obligatoire* de malveillance équivaut en réalité à un «but illégitime» [...] la malveillance [...] veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel»: *ibid.*; nos italiques.

93. *Ibid.*; les soulignés proviennent de l'opinion répertoriée du juge Lamer; fait anodin, ils ont été transformés en des italiques, à peine perceptibles, par les arrétistes de la Société québécoise d'information juridique, dans *Proulx* [1999] 421.

36. «Au Québec», débute le juge LeBel, «le principal arrêt sur la question demeure celui rendu dans *Arcand c. Procureur général du Québec*⁹⁴»⁹⁵. Le juge Bernier, à l'opinion duquel souscrit le banc, y déboute sans quelque référence jurisprudentielle ou doctrinale, ni interrogation ou allusion relative aux sources juridiques utiles, une réclamation civile en dommages-intérêts consécutive à poursuite abusive. Il s'en remet, à cet égard, à la *ratio decidendi* du juge Boisvert, de première instance, que reprend d'ailleurs le juge LeBel:

La jurisprudence est constante au Québec, pour pouvoir réussir dans une poursuite en dommages suite au dépôt d'une dénonciation, il faut d'abord que le demandeur ait été acquitté de l'accusation portée⁹⁶ et ensuite qu'il fasse la preuve que la dénonciation a été faite par malice de la part du plaignant *ou* par suite d'une erreur grossière *ou* d'un geste téméraire *ou* encore en l'absence de cause raisonnable et probable.⁹⁷

Quelques observations préliminaires s'imposent. Primo, *Arcand*, certes non négligeable et relativement récent, du 26 avril 1989, outre son silence sur les sources juridiques, ne traite pas expressément d'une quelconque immunité, ni évidemment, de l'effet de *Nelles*, du 14 août 1989. Secundo, le juge Bernier y endosse le diagnostic du juge Boisvert à l'effet que la «jurisprudence au Québec est constante», notamment en ce que, contrairement aux deux derniers éléments *cumulatifs* de *Nelles*, on y retrouve des éléments *alternatifs*. Tertio, il y eut, après *Arcand*, soit le 22 avril 1996, un autre prononcé de la Cour d'appel du Québec, du reste noté par le juge LeBel⁹⁸, apparemment tout aussi «principal» qu'*Arcand*, à l'égard de la responsabilité extracontractuelle consécutive à des accusations injustifiées: *Levy c. Lechter*⁹⁹. Or, cette dernière décision unanime met en parallèle et à la suite l'un de l'autre, deux énoncés de base, sensiblement différents, du droit pertinent. En effet, juste avant de reproduire l'exposé des critères alternatifs formulé par le juge Bernier dans *Arcand*, la Cour d'appel prend le soin, dans *Levy*, d'affirmer paradoxalement:

94. [1989] R.R.A. 481 (C.A.), ci-après, *Arcand*.

95. *Proulx* [1999] 421.

96. *Nelles*, précité, note 4, 192, requiert plutôt «une décision favorable au demandeur», notion plus vaste que l'acquiescement.

97. *Arcand*, précité, note 94, 483; nos italiques.

98. *Proulx* [1999] 422, à la note 68.

99. [1996] R.R.A. 346 (C.A.), ci-après, *Levy*.

Les principes de droit applicables en l'espèce ont été posés de la façon suivante, par le juge Tyndale, dans l'arrêt *Bertrand c. Racicot*¹⁰⁰:

The main question raised [...] is as to the liability of a person who instigates criminal proceedings against another. The general rule is that every citizen has the right, and sometimes the duty, to do so if he has reasonable and probable grounds for believing that a crime has been committed (Cr. Cd. 455 [aujourd'hui 504]) and it is important in the administration of justice that he be free to do so without fear of any consequences: he only incurs liability if the prosecution fails and if he acts without reasonable and probable grounds or from improper motives. A great issue was made [...] of the presence or absence of malice on the part of the [Defendant], and before I go further I wish to tackle that issue. In this province the sole basis for an action for damages due to what is variously called «false arrest», «malicious prosecution» or «abus de procédures» is article 1053 C.C. [...] It is based on the notion of fault, as judged by the conduct of a reasonable man, «un bon père de famille», and that is the sole test.¹⁰¹

La Cour d'appel de 1996, dans *Levy*, interrompt à ce point précis son emprunt au juge Tyndale, frustrant malheureusement le lecteur de la véritable pensée et des authentiques explications endossées unanimement par le banc d'appel de 1985. Le juge Tyndale y continuait:

I get the impression that under the common law it is, like defamation and others, a separate and distinct tort, to which are applied special and particular rules that have evolved only from and for cases dealing with that tort. How often has it not been laid down by the highest authorities that we in Quebec have neither the need nor the right in the interpretation and application of our civil law to import foreign rules [...] It is therefore my opinion that it was unnecessary for the [plaintiff] either to allege or to prove malice (as we generally understand the word) on the part of the [Defendant] in order to succeed. It is sufficient to allege and prove fault, or conduct amounting to fault.¹⁰²

37. Au sortir de cette trilogie judiciaire, de 1985 à 1996, il n'est pas aisé de déceler avec précision autant les sources juridiques que le contenu normatif du régime d'immunité et de responsabilité extracontractuelle du procureur général et de ses substituts, établi en Cour d'appel du Québec, avant ni même après

100. [1985] R.D.J. 418, 419 (C.A.).

101. *Levy*, précité, note 99, 348-349.

102. *Bertrand c. Racicot*, précité, note 100, 419-420.

Nelles. D'autant plus que, curieusement et symptomatiquement, hormis les trois récentes décisions précitées, toute la jurisprudence pertinente de notre Cour d'appel répertoriée au cours des cinquante dernières années ne le fut, sauf omission, qu'à l'état de résumé¹⁰³. Ce déplorable phénomène a contribué à obscurcir les origines et la substance de notre droit en la matière. À défaut d'avoir loisir, dans le cadre restreint de cette analyse jurisprudentielle, de dépouiller exhaustivement une jurisprudence touffue en provenance de la Cour d'appel antérieure à 1949¹⁰⁴ et des cours de rang inférieur¹⁰⁵, nous limiterons notre étude critique à quelques matériaux essentiels immédiats.

38. Il ressort d'abord des décisions *Arcand*, *Bertrand* et *Levy*, les deux dernières relatives à des accusations dites malicieuses entamées par des particuliers, plutôt que le procureur général, que nos tribunaux ne situent pas expressément la moindre partie du débat juridique en terrain de droit ou *common law* public, ni d'immunité absolue ou relative. La meilleure illustration de cette négation du droit public réside dans le refus explicite du juge Tyndale, écrit en 1985 et repris en 1996, de tenir compte des règles spéciales que la *common law* publique a développées en réponse à certains effets indésirables des *torts* de *common law* privée. Le juge Tyndale donne l'exemple particulièrement éloquent du *tort* de diffamation, limité en *common law* par des immunités, absolues ou relatives, de droit public et appuyées sur le droit fondamental à la liberté d'expression de tout citoyen, ou sur le bon fonctionnement des institutions démocratiques. Notre jurisprudence et notre doctrine québécoises sont demeurées majoritairement insensibles à ce droit public et persistent toujours à

103. Voir *Wittenberg c. Plouffe*, [1949] B.R. 237; *Bélangier c. Paquet*, [1949] B.R. 388; *Foisy c. Lord*, [1949] B.R. 563; *Desrochers c. Côté*, [1950] B.R. 158; *Thow c. Price*, [1953] B.R. 590; *Gagnon c. Hotte*, [1960] B.R. 975; *Labrecque c. Millette*, [1962] B.R. 670; *Ringuette c. Langlois*, [1964] B.R. 315; *Provencher c. Cloutier*, [1964] B.R. 733; *Lafond c. Dodier*, [1967] B.R. 970; *Laval c. Taylor*, [1970] C.A. 453; *P.G. du Québec c. Létourneau*, [1977] C.A. 223.

104. Deux seules décisions de la Cour suprême du Canada furent répertoriées, à notre connaissance, sur un tel litige issu du Québec: *Poitras c. Lebeau*, (1888) 14 S.C.R. 742 (résumé), et *Hétu c. Dixville Butler and Cheese Ass'n*, (1908) 40 S.C.R. 128, 133, brève et peu éclairante décision de quatre pages où le juge en chef Fitzpatrick estime non nécessaire, en l'espèce, de se prononcer sur la question de savoir si le demandeur doit alléguer et prouver que «the prosecution was started maliciously to injure him and without reasonable and probable cause.»

105. Le juge LeBel ne peut d'ailleurs que constater les variations de la jurisprudence québécoise de la dernière décennie: *Proulx* [1999] 422 et les notes 67 et 68.

assujettir la liberté d'expression au droit privé, allant même jusqu'à juger fautive l'expression d'une vérité factuelle¹⁰⁶.

39. En confondant ainsi les *torts* de *common law* privée et les immunités de *common law* publique, pour écarter simultanément et erronément les uns et les autres, on investit notre droit privé québécois de facultés qu'il n'a pas, pour lesquelles il n'est guère conçu. Cela donne des incertitudes, des incohérences, où l'on veut réunir, fondre, sans trop l'admettre, des considérations de *common law* à des énoncés prétendument de droit privé: «Au Québec, le «tort» de poursuites abusives trouve son équivalent sous l'article 1457 du *Code civil du Québec* sous réserve que le fardeau de preuve est le même [que celui du *tort*]: la faute simple ne suffit pas»¹⁰⁷. S'il est vrai que les *torts* sont étrangers au droit privé du *Code civil*, en retour les immunités et fardeaux de preuve particuliers que la *common law* publique élabore à l'égard de *torts* spécifiques, modifient, circonscrivent le droit privé québécois. Prétendre que ces immunités ont leur «équivalent» en droit *privé* québécois, chercher en droit civil des équivalences à des éléments de droit public, a mené nos tribunaux à des divergences et à affirmer la quadrature du cercle suivante: le seul test de la responsabilité civile est la faute mais il faudra ici au demandeur prouver en outre mauvaise foi – peut-être – *ou*, à moins que ce ne soit *et*, «absence de motif raisonnable et probable», expression résolument tirée de la *common law* mais dont on doit

106. J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, précité, note 39, 302: «Il y a, à notre avis, responsabilité lorsque *les faits publiés sont exacts*, mais que la publication n'a pour but que de nuire à la victime. Le droit à la libre expression ne peut être utilisé dans le *seul* but de porter préjudice à autrui»; nos italiques. Cette conception, répandue en jurisprudence, reflète une étonnante perception du débat public, de la recherche démocratique de la *vérité*, et des droits fondamentaux à la libre expression et à l'information. De renchéir récemment la Cour supérieure, dans *Beaudoin c. La Presse Ltée*, [1998] R.J.Q. 204, 211: «il ne suffit pas qu'une chose soit vraie pour que quiconque puisse la dire à n'importe qui. Toute vérité n'est pas bonne à dire. Il faut qu'il y ait intérêt public à dire cette vérité et que celle-ci ne soit pas communiquée dans le seul but de nuire [...] la vérité ne fait pas foi de tout». Outre qu'il laisse transpirer une curieuse hiérarchie des valeurs, individuelles et collectives, ce droit de la diffamation doit son état inquiétant à son ignorance du droit public, notamment des immunités de *common law* publique, qui tempère les effets, autrement excessifs, du *tort* de *diffamation*. Voir, d'un côté, R. PÉPIN, «La vérité et la liberté d'expression», (1987) 18 *R.G.D.* 869, 877, sous l'éloquent titre III – *Les limites apportées par le droit civil*, et, de l'autre, R.E. BROWN, *The Law of Defamation in Canada*, vol. 1, Carswell, Toronto, 1987, 361-726.

107. P. GARANT, *Droit administratif*, 4e éd., Volume 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 565, dont le juge LeBel cite de longs extraits (*Proulx* [1999] 422).

s'accommoder par convenance, ou par une contrainte tacite, voire inavouable.

40. D'aucuns voudront rétorquer que l'immunité de la Couronne ou de l'État et de ses auxiliaires, au Québec, a été abolie il y a longtemps, et qu'elle fut remplacée par le régime de responsabilité des particuliers, ou «assimilable» à celui-ci, qui ne laisse aucun espace à la *common law* publique. Le premier argument ne fait point doute depuis la décision *R. c. Cliche*¹⁰⁸. Le second est un peu court¹⁰⁹. Malgré un discutabile *obiter dictum* du juge Lamer, relatif aux sens et portée de l'amendement de 1966 du *Code de procédure civile*¹¹⁰, amendement qui mettait fin à la vétuste procédure de la pétition de droit, le juge LeBel maintient avec raison, comme le juge Lamer d'ailleurs, que «la question de fond de l'immunité des procureurs de la Couronne n'a pas été tranchée», et que sa réponse participe également du droit public. On peut en conséquence mettre en doute l'opportunité de recourir encore, comme le fait le juge LeBel, à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec des dernières années, qui «n'a pas tranché la question» et, de façon plus gênante, a délibérément refusé de réfléchir dans le cadre de la *common law* publique, pour nous livrer «des divergences dans les méthodes d'analyse»¹¹¹. N'aurait-il pas mieux valu, à l'instar de certains arrêts québécois postérieurs à *Nelles*¹¹², faire table rase et reconnaître, au moins tacitement, par un silence de circonstance, que notre jurisprudence antérieure à *Nelles* était, au mieux, incertaine, voire incohérente, sur les sources du droit puis les immunités et la responsabilité civile qui en découle.

41. Cela dit et avant d'aborder l'étude de l'usage qu'en tire le juge LeBel, approchons le troisième élément de l'immunité relative consacrée par *Nelles*, «l'absence de motif raisonnable et probable». Dans *Bertrand*, on l'a vu¹¹³, le juge Tyndale consentait à fouiller le *Code criminel* pour en extraire, ici et là¹¹⁴, l'expression

108. [1935] S.C.R. 561.

109. Voir J.-D. ARCHAMBAULT, précité, note 4.

110. L.R.Q., chap. C-25; le juge Lamer attribuerait à l'art. 94 C.p.c. «la situation tout à fait différente» du Québec: *Nelles*, précité, note 4, 181.

111. *Proulx* [1999] 422.

112. Notamment *Forget c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1993] R.J.Q. 2145 (C.S.).

113. Précité, note 100.

114. Par exemple, le par. (2) de l'art. 31 du *Code criminel*, précité, note 22: «Tout agent de la paix est fondé à recevoir en sa garde un individu qui lui est livré comme ayant pris part à une violation de la paix par quelqu'un qui en a été témoin ou que l'agent croit, pour des motifs raisonnables, avoir été témoin de cette violation»; nos italiques. Voir aussi l'art. 25.

«motif raisonnable et probable», qu'il insérait ensuite au fardeau de preuve du réclamant en matière civile. Le distingué magistrat croyait ainsi conserver sa pureté au droit civil, y introduisant une *common law* «décaféinée», neutralisée. Pourtant, en droit pénal tout au moins, le concept «motif raisonnable et probable» n'est-il pas de droit public, de *common law* publique. Récemment, dans *Leroux c. Montréal (Communauté urbaine de)*, le demandeur poursuivait l'autorité publique en dommages-intérêts consécutifs à une arrestation injustifiée. La Cour supérieure dirigea son attention vers l'«article 450(1) du *Code criminel* [qui, semblablement] stipule que la police doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire que [le demandeur] a commis une infraction pour pouvoir l'arrêter [sans mandat]»¹¹⁵. Puis elle s'en remit aux propos du juge Cory, de la Cour suprême du Canada, qui, dans l'affaire *R. c. Storey*¹¹⁶, empruntait à la Cour d'appel anglaise le passage suivant:

Le pouvoir qu'ont les agents de police d'arrêter une personne sans mandat, *que ce soit en common law* [...] ou en vertu d'une loi, pourvu toujours que leurs soupçons reposent sur des motifs raisonnables, constitue une protection précieuse pour la collectivité [...] Le public est protégé par la condition préalable, *existant en common law* et, pour autant que je sache, dans toutes les lois, selon laquelle, avant de procéder à l'arrestation, l'agent de police doit être convaincu de l'existence réelle de motifs raisonnables de soupçonner la culpabilité.¹¹⁷

La *Common law* dont traite la Cour d'appel anglaise est évidemment la *common law* «publique», qui régit le droit pénal. Lorsqu'elle est transposée dans un cas de «*false arrest*», *tort* spécifique, et qu'elle devient l'une des conditions de l'*immunité relative* conférée à un policier, agent de la paix ou tout autre individu, non pas en cette qualité, mais à raison d'un acte public déterminé, soit une arrestation, la norme des «motifs raisonnables» ne cesse guère d'être de *common law* «publique». Il s'agit d'une norme de *common law* publique qui, jointe à un *tort* de *common law* privée, contribue à la détermination du régime, de l'étendue, de la responsabilité civile – par opposition à pénale – de l'auteur d'une arrestation sans mandat, ou «*false arrest*». Et si, comme elle l'a conclu dans *Leroux c. Montréal (Communauté urbaine de)*¹¹⁸, la Cour constate «absence de motifs raisonnables» selon les canons du

115. [1997] R.J.Q. 1970, 1996.

116. [1990] 1 R.C.S. 241, 249-251.

117. *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326, 329 (C.A.); nos italiques.

118. Précité, note 115, 1997.

droit public, elle peut alors écarter l'immunité relative de droit public et cheminer vers la responsabilité et la faute de droit privé. Soulignons au passage que l'arrestation sans «motifs raisonnables» est une chose, tandis que l'arrestation violente¹¹⁹, brutale, accompagnée de voies de fait¹²⁰, entachée d'erreur sur la personne, accomplie de manière grossière ou exagérée, bref contraire aux règles professionnelles d'*exécution* d'un tel acte, en est une autre. Dans ce dernier cas, aucune immunité relative, de *common law* publique, ne protège l'auteur de l'arrestation litigieuse, assujéti au seul droit civil privé. Quant à l'immunité relative déclarée par *Nelles*, elle ne constitue pas une protection pénale mais civile, et porte sur les accusations criminelles menées par le procureur général et ses substituts. De *common law* publique, cette troisième condition, l'absence de motif raisonnable et probable, ne peut être modifiée, altérée, par le droit privé. Si «absence de motif raisonnable et probable» devait prendre une couleur distincte en droit québécois, ce serait en droit public, en *common law* publique, québécois.

42. La norme de l'«absence de motif raisonnable et probable» peut également être traitée avec profit dans un autre registre, celui des anciennes procédures *civiles* québécoises menant à incarcération d'un débiteur, pour jeter un éclairage utile sur sa nature publique, de *common law* anglaise. Notre procédure civile, notamment certaines mesures provisionnelles et les recours extraordinaires, possède de profondes racines anglaises¹²¹. La Conquête avait introduit chez nous, entre autre, le *capias ad respondendum*¹²², procédure de contrainte par corps avant jugement qui permettait à un créancier d'obtenir, sur requête accompagnée d'affidavit, l'emprisonnement d'un débiteur qui, selon ce créancier, menaçait de quitter définitivement la province sans avoir dûment acquitté sa dette. Très tôt il arriva que ce débiteur, judiciairement relâché à la suite d'une incarcération

119. Là encore, notons que le paragraphe (4) de l'art. 25 du *Code criminel*, précité, note 22, prévoit qu'un agent de la paix qui procède légalement à l'arrestation, avec ou sans mandat, d'une personne pour une infraction au sujet de laquelle cette personne peut être appréhendée sans mandat, ainsi que toute personne aidant légalement l'agent de la paix, est justifiable, si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit afin d'éviter l'arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher cette fuite, à moins que l'évasion puisse être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente.

120. *Chartier c. Québec (P.G.)*, [1979] 2 R.C.S. 474.

121. J.-M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1986, 99 et s.

122. *Id.*, 90 et s.

consécutives à une requête en *capias* hâtive ou mal fondée en fait ou en droit, entama en revanche une réclamation en dommages-intérêts contre son créancier auteur du *capias* injustifié. Dès 1857, notre Cour du banc de la Reine assujettit le débiteur demandeur au fardeau de prouver que le créancier défendeur avait agi «without any reasonable and probable cause, or right or colour of right whatever»¹²³. Lors de l'adoption du *Code de procédure civile*, en 1867, soit au lendemain de celle du *Code civil du Bas-Canada*, de 1866, les codificateurs, sûrement au fait de l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, insèrent au *Code de procédure civile* une *Disposition générale*, introductive des mesures provisionnelles, dont le *capias*, et libellée sous l'art. 796 comme suit:

Un demandeur peut obtenir, en certains cas, simultanément avec l'ajournement, ou pendant l'instance et avant jugement, que la personne du débiteur, ou ses biens, ou la chose en litige soient mis sous la main de la justice, ainsi qu'expliqué dans les chapitres qui suivent, *sauf au défendeur son recours en dommages en prouvant absence de cause probable dans la poursuite de ces voies extraordinaires*. (nos italiques)

Invité à assurer l'harmonie des deux normes, 796 *C.p.c.* et 1053 *C.c.B.-C.*, le juge en chef de la Cour du banc du Roi enseigne, en 1892, que les «règles de droit [exigeant preuve de malice et absence de cause raisonnable] ne sont pas une violation de l'art. 1053 (C.C.), qui veut que chacun soit responsable de sa faute, car un plaideur qui réclame devant un tribunal est dans l'exercice d'un droit; or, il est de principe que celui qui cause du dommage quand il exerce son droit, n'est pas responsable, vu qu'il n'est pas en faute. Cependant, dans l'exercice de ce droit particulier, la loi, pour des motifs d'équité, a assujetti le plaideur malheureux au paiement des frais du procès. Mais là s'arrête sa responsabilité. [Ces règles] s'appliquent à la défense comme à la demande, et elles reçoivent leur application, que le plaideur soit heureux ou malheureux, pourvu qu'il soit dans les conditions exigées par la loi, c'est-à-dire qu'il y ait absence de malice et cause probable»¹²⁴. Les juristes de l'époque savaient donc que notre procédure civile – par opposition à pénale – véhiculait des institutions de droit public anglais relatives à l'organisation des tribunaux, l'administration

123. *David c. Thomas*, (1857) 11 L.C.J. 69, 78-79. Au même effet, *Laidlaw c. Burns*, (1866) L.C.R. 318, 321 (C.B.R.); dans ce dernier cas, le banc n'arrive pas à afficher une position commune sur la nécessité d'établir, explicitement et en sus de l'absence de cause raisonnable et probable», la malice ou la mauvaise foi de l'initiateur de la procédure d'emprisonnement (*id.*, 322-323).

124. *Scott c. McCaffrey*, (1892) 1 K.B. 123, 125-126.

des instances judiciaires et certaines mesures provisionnelles ou extraordinaires, notamment, dans ce dernier cas, les mesures provisionnelles et brefs de prérogative. Bien que ce soit dans le but de faire respecter ou consacrer un droit privé, tel une obligation contractuelle ou extracontractuelle, la mise en marche, par un justiciable, d'un mécanisme judiciaire fourni par la puissance étatique, constitue un geste public, d'abord assujéti au droit public. Le droit de la procédure civile ne violait pas le *Code civil* ni son article 1053, mais imposait, au réclamant, avant qu'il s'y rende, des conditions normatives et constitutives d'une immunité relative en faveur du défendeur auteur de la procédure reprochée.

43. Malgré l'incompréhension et les critiques de la doctrine¹²⁵ d'alors, le législateur québécois profitera d'une substantielle révision du *Code de procédure civile*, en 1897, pour modifier l'article 796, désormais numéroté 893, de façon à le compléter et y substituer à l'expression «cause probable» la formule «cause raisonnable et probable». Il mettra ainsi en œuvre la recommandation des commissaires qui voulaient «préciser le sens d'une règle importante, et [...] incorporer dans le texte les termes mêmes dans lesquels elle est généralement exprimée en jurisprudence [anglaise] (*Abrath & North Eastern Ry. Co.*, (1886) L.R. 11 App. Cas. [247])»¹²⁶. Or, cette dernière décision de la Chambre des lords, qui tranchait une réclamation en dommages-intérêts consécutive à accusation et poursuite *pénales* dites malicieuses, réaffirmait «the two ingredients [...] which are necessary for the maintenance of such an action, that is to say, malice and the absence of reasonable and probable cause»¹²⁷. En somme, notre

125. C.E. DORION, «De la jurisprudence dans les actions en recouvrement de dommages résultant de poursuites malicieuses», (1895) 11 R.L.n.s. 53, 53-55, voit dans les critères «malice et cause probable», «[a]utant d'expressions inconnues dans le droit français [tandis qu'il] est indiscutable que cette matière des actions en dommages résultant de poursuites vexatoires forme partie du droit civil, non seulement par sa nature, mais d'après le texte même de notre [art. 1053 C.c.-B.-C.]». Ignorant autant l'origine législative des mesures provisionnelles que le libellé explicite de l'art. 796 C.p.c., le chroniqueur affirme que l'«on chercherait en vain ailleurs que dans l'art. 1053 du C.c. [qui] offre au moins l'avantage d'être plus clair et d'une application plus facile [...] le principe des actions en dommages, même pour ceux qui résultent de procédures vexatoires» (*id.*, 57).

126. Voir P.G. MARTINEAU et R. DELFAUSSE, *Code de procédure civile de la Province de Québec*, C. Théorêt, 1899, Montréal, 572.

127. À la p. 251. Notre Cour supérieure utilisait déjà ce double critère depuis un certain temps à l'égard des réclamations civiles tributaires d'accusations pénales vexatoires: *Lefuntun c. Bolduc*, (1878) 1 L.N. 266: «The only points now before me are the malicious and want of probable cause [...] They are both essentials of the plaintiff's action».

droit voulait que l'exercice de toute procédure, pénale ou civile, soit accompagné d'une immunité relative, issue de la *common law* publique qui régit la constitution et l'administration des institutions judiciaires, en faveur de tout justiciable. Du reste, dans l'intervalle, la Cour du banc de la Reine avait invoqué, eu égard à une injonction prétendue vexatoire, que «le principe qui a de tout temps été appliqué sur actions en dommages pour poursuites malicieuses [est à l'effet] que le demandeur doit alléguer et prouver malice et absence de cause probable, et ce principe doit s'appliquer à un bref d'injonction *comme à toute procédure civile*»¹²⁸.

44. Il faut toutefois reconnaître que la présence aussi déterminante de normes de *common law* publique anglaise, codifiées par surcroît, et intimement voisines du sacro-saint *Code civil*, de son crucial article 1053, fut perçue comme une menace intolérable à la pensée privatiste. L'un des plus fervents adeptes de la tradition civiliste française, le juge Rivard, de la Cour du banc de la Reine, invoque l'intégrité et l'autorité exclusive de l'article 1053 *C.c.-B.-C.*, qui débouchent inmanquablement sur la soumission de l'initiateur d'une procédure avérée illégale, à l'obligation préexistante d'avoir «pris toutes les précautions d'un bon père de famille»¹²⁹. Pour arriver à ses fins, le juge Rivard recourt alors à un processus d'assimilation ou d'«équivalence»¹³⁰, processus identique à celui que l'on retrouve aujourd'hui en jurisprudence et en doctrine québécoises. Il écrit, en fusionnant indistinctement tous les concepts et critères:

Pour qu'il y ait responsabilité en dommages de la part de celui qui institue des procédures judiciaires, il faut que cet acte puisse lui être reproché à titre de *faute, c'est-à-dire qu'il l'ait posé sans motif raisonnable, dans un dessein malicieux*; autrement, il n'encourt que la responsabilité du plaideur téméraire: il paye les frais. Parce que l'acte reproché constitue l'exercice d'un droit reconnu par le législateur, il n'y a véritablement faute productrice de responsabi-

128. *Montreal Street Ry. Co. c. Ritchie*, (1887) 5 M.L.R. 77, 86-87, confirmant (1887) 3 M.L.R. 232; nos italiques. La Cour suprême du Canada confirma expressément la double exigence probatoire: *Montreal Street Ry. Co. c. Ritchie*, [1889] S.C.R. 622, 630, 633-634.

129. *Canadian Last Block Co. Ltd. c. Lord*, (1923) 34 B.R. 130, 131; au même effet, *Layton c. Cité de Montréal*, (1916) 23 R.L.n.s. 132, 136 (C.B.R.).

130. En analysant la jurisprudence pertinente du XIX^e s., J.-M. BRISSON, précité, note 121, 109, conclut: «Par désir de convaincre, par prudence ou peut-être même par désarroi, il est devenu d'usage pour les juges comme pour les avocats de signaler que, sur une question donnée, le droit anglais et le droit français concordent et n'offrent pas de solutions divergentes».

lité que si le plaideur, abusant des *moyens mis à sa disposition*, poursuit avec une légèreté coupable et sans cause plausible. Qu'on lui reproche de la *légèreté, de l'imprudence, de la négligence, ou qu'on invoque contre lui «l'absence de cause raisonnable et probable» suivant les termes de l'article 893 C.P.*, c'est toujours l'infraction à la règle formulée dans l'article 1053 C.C. qui est la source de sa responsabilité. [...] Le système du droit anglais est, du reste, concordant. [...] Ajoutons seulement que l'existence d'un *motif* autre que celui de faire valoir un recours légitime, l'*intention* d'abuser de l'exercice du droit, *ou, si l'on veut, l'absence de cause raisonnable et probable* étant l'un des éléments essentiels de la *faute*, il incombe à celui qui se plaint de l'établir; il doit démontrer par là que la procédure n'était pas le résultat d'une *juste erreur*.¹³¹

Certains auteurs de l'époque se montreront plutôt intransigeants sur la matière. H.C. Goldenberg, qui inclut sous «*False Arrest*» les poursuites pénales vexatoires, écrit que «[t]he responsibility for false arrest is not governed by the principles of English Common Law, but by the principle enunciated in article 1053 of the Civil Code». Il est en retour plus mesuré à l'égard des poursuites civiles, notamment les *capias* et saisies avant-jugement, chez lesquelles il reconnaît l'autorité de l'article 893 *C.p.c.*: «it is essential to show that they were instituted maliciously and without probable cause Malice is frequently implied from the absence of such probable cause»¹³². Radical, son collègue G.V.V. Nicholls veut écarter tout droit, immunité et vocabulaire anglais. Envisageant les poursuites autant civiles que pénales, il écrit que «[t]he responsibility resulting from malicious prosecution, or, as it has been more accurately though less frequently called, abuse of process, and from

131. *Cie. P-T. Légaré c. Gignac*, (1929) 46 B.R. 188, 189; nos italiques. Il faut dire, à la décharge du juge Rivard, que la Cour suprême du Canada viendra plus tard mixer les mêmes ingrédients: doctrine française, art. 1053 *C.c.-B.-C.*, malice ou mauvaise foi, art. 893 *C.p.c.*, et «absence de cause raisonnable et probable». Le juge Fauteux y déclarera:

«Agir en justice, que ce soit en demande ou en défense, ne constitue pas une faute. C'est un droit [...] Ce principe comporte des exceptions en cas d'abus de ce droit légal reconnu à tout justiciable. C'est ainsi que l'exercice de ce droit peut dégénérer en *faute* susceptible d'entraîner une condamnation en dommages-intérêts *s'il constitue un acte de malice, de mauvaise foi* ou *s'il est tout au moins le résultat d'une erreur grossière équipollente à dol*. [...] Cette théorie de l'abus de droit ne déroge pas mais est conforme à l'*économie* de la loi sous l'article 1053 C.C. Suivant la doctrine classique, le fait invoqué au soutien de l'action en dommages sous cet article doit, outre être dommageable au demandeur et imputable au défendeur, être en soi un fait illicite. Les dispositions [le juge Fauteux réfère expressément à l'«absence de cause raisonnable et probable»] de l'art. 893 *C.p.c.* offrent un exemple de l'application de ces principes»: *Ville Saint-Laurent c. Marrien*, [1962] S.C.R. 580, 586-587; nos italiques.

132. H.C. GOLDENBERG, *The Law of Delicts Under the Civil Code of Quebec*, Wilson & Lafleur Ltd, Montréal, 1935, 51-53; nos italiques.

defamation, is more difficult to summarize because of *foreign elements that have crept into Quebec law*. Until recent years common-law authority was as frequently quoted in cases arising on these subjects as was civil-law authority. It was even said on occasion that the English common law *alone* should govern in defamation because it concerns public policy and public law, and in the abuse of criminal process because the Canadian criminal law is based on the English common law. The fallaciousness of these statements needs no comment [...] The traditional precedent to responsibility for the abuse of process, and the phraseology is a common-law one, is malice and lack of reasonable and probable cause. [...] Cases upon the abuse of process should be decided under articles 1053 and following of the Quebec Code, and malice is not a requirement of the responsibility contemplated by those articles [...] Once malice is admitted to be unnecessary for responsibility, it is not difficult to reconcile the jurisprudence with the phraseology of article 1053. The courts have consistently defined «reasonable and probable cause» as one that would be sufficient to create a reasonable suspicion in the mind of a reasonable man. Lack of reasonable and probable cause, then, is nothing but the fault of article 1053 in a new guise»¹³³.

45. Et voilà, si on nous pardonne la familiarité, que le tour est joué. Dès que son gommées la *common law* publique anglaise ou ses empreintes dans le *Code de procédure civile* ou le *Code criminel*, ainsi que la jurisprudence ouverte à l'une ou aux autres, reste intact le droit privé de l'article 1053 *C.c.B.-C.* Alors, effectivement et logiquement, doit s'estomper toute exigence de malice ou mauvaise foi. Car toujours, comme l'explique la doctrine contemporaine, «le seul critère de l'intention de nuire ne permet pas de séparer la conduite fautive de celle qui ne l'est pas. Même si l'acte intentionnel paraît moralement et socialement plus sérieux ou plus grave, la base de la responsabilité civile reste la même dans les deux cas. *Elle ne s'établit donc pas en fonction de ce critère*»¹³⁴. En d'autres termes, si, d'une part, la faute du droit privé inclut, outre tout manquement à quelque obligation légale, l'acte illégal *intentionnellement* dommageable, néanmoins, d'au-

133. G.V.V. NICHOLLS, *The responsibility for Offences and Quasi-Offences under the Law of Quebec*, Carswell Co., Toronto, 1938, 31-34; nos italiques.

134. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, précité, note 39, 107-108; nos italiques. Ces auteurs expliquent également, aux p. 5 et 6, l'intérêt de la distinction relative à l'acte volontaire ou intentionnel, eu égard à la faute, intérêt qui se résume à des «conséquences pratiques» étrangères aux poursuites abusives ou malicieuses.

tre part, cette faute n'exige pas, d'elle-même, un élément intentionnel. Malgré cela, notre plus réputée doctrine enseigne, paradoxalement, le droit suivant. D'abord, nous affirme-t-on, «[u]ne certaine partie de la jurisprudence québécoise, maintenant dépassée, avait fait appel en la matière, à la doctrine anglaise, en introduisant les notions de *malice, want of reasonable and probable cause, malicious prosecution*. [...] il faut tenir aujourd'hui ces décisions pour périmées, *le concept de faute en droit québécois constituant un outil aussi exact et aussi valable*». Puis, on nous invite à retenir comme «*fondement*» de la responsabilité extracontractuelle consécutive à l'«exercice des recours judiciaires et abus de procédures», la dialectique qui suit:

La première hypothèse est celle où l'agent, de *mauvaise foi*, et *conscient* du fait qu'il n'a aucun droit à faire valoir, se sert de la justice comme s'il possédait véritablement un tel droit. Il n'agit pas alors dans le cadre de l'exercice ou de la défense de son droit, mais totalement en dehors de celui-ci. Une *faute* peut également être reprochée à l'agent qui, dans l'exercice d'un droit apparent, utilise les mécanismes judiciaires ou procéduraux *sans cause raisonnable ou probable*, sans motif valable, *même de bonne foi*. [...] La *mauvaise foi* (c'est-à-dire *l'intention* de nuire) ou la témérité (c'est-à-dire *l'absence de cause raisonnable et probable*) restent donc les bases de l'abus de droit dans ce domaine [...] Il ne saurait, en effet, y avoir abus lorsque, de *bonne foi*, et en ayant *cause raisonnable et probable*, un individu cause préjudice à autrui en recourant à la justice pour faire valoir ses droits.¹³⁵

Le lecteur aura sûrement noté la ressemblance frappante entre la terminologie de *common law* anglaise, proscrite, et la nomenclature française dite civiliste, prescrite. Il aura également pu s'étonner de l'*exigence*, en cette matière prétendue de droit privé, d'une faute intentionnelle ou qualifiée à l'aide d'un vocabulaire étranger à notre droit privé, et s'interroger sur le pourquoi de cette dérogation aux principes généraux de la faute simple, fondement de la responsabilité civile extracontractuelle. Il aura peut-être éprouvé, finalement, une certaine difficulté à s'expliquer les raisons pour lesquelles deux notions à première vue différentes, la mauvaise foi ou l'intention de nuire, d'une part, et, d'autre part, l'absence de cause raisonnable et probable, notions que le juge Lamer a maintenues distinctes, seraient spontanément devenues des normes alternatives, interchangeables ou équivalentes.

135. *Id.*, 136-137; nos italiques.

46. La Cour d'appel du Québec n'avait donc pas la partie facile, dans *Proulx*, de trouver parmi notre doctrine locale et notre jurisprudence québécoise, des éléments fiables et cohérents sur l'immunité relative débattue devant elle, immunité relative de *common law* publique que *Nelles* avait pourtant affirmée et découpée on ne peut plus clairement. Plutôt que de se consacrer à décortiquer la *ratio decidendi* et le contenu normatif de *Nelles*, la Cour d'appel a préféré se réfugier en terrain familier, et miné de ses insuffisances inhérentes, de droit privé. Après avoir, en un premier temps, utilisé l'arrêt *Arcand*¹³⁶ pour métamorphoser en alternatifs deux critères que le juge Lamer voulait cumulatifs, le juge LeBel fait de cet arrêt un second usage douteux. «En dépit [des] divergences dans les méthodes d'analyses», écrit-il, «un premier constat s'impose. Le critère alternatif dégagé de l'arrêt *Arcand*, de l'absence de motif raisonnable ou probable, *équivalent*, à tout le moins, à l'exigence d'une faute *qualifiée*. Au départ, la décision d'un substitut de porter des accusations en l'absence de motifs raisonnables et probables, analysée suivant tous les éléments objectifs et subjectifs pertinents *dans le contexte pénal*, constitue une *faute lourde*. Elle dénote, en effet, une incompréhension et une insouciance graves à l'égard des conséquences du dépôt d'une accusation criminelle *sans fondement*»¹³⁷. Cet énoncé lourdement chargé comporte plusieurs propositions en cascade qui, chacune, crée une équivalence, trouve une exigence, qualifie une faute, déborde le contexte pénal et, en bout de course, glisse de l'accusation «sans motif raisonnable et probable» à l'accusation «sans fondement». Autant d'affirmations qu'on ne peut obtenir, estimons-nous avec égards, qu'en distordant le droit civil privé, ou en le truffant subrepticement de *common law*, publique ou privée. Quelques lignes plus loin, la dissidence voudra encore préciser les «équivalents» civils auxquels il faudrait, semble-t-il, avoir recours. Le régime de responsabilité – ou d'immunité, et le choix des termes aurait pourtant grande importance – en litige, d'arguer le juge LeBel, «se distingue de celui des actions en responsabilité contre des *poursuivants privés* ou des policiers. Dans le cas de ceux-ci, une plainte, une arrestation ou une saisie *sans motif raisonnable et probable équivalent* à une faute civile, qui engage éventuellement la responsabilité en vertu des articles 1053 C.C. ou 1457 C.C.Q. Dans le cas de substituts, on se trouve devant un régime distinct de faute qualifiée. Dans le contexte de la

136. Précité, note 94.

137. *Proulx* [1999] 422; nos italiques.

fonction du substitut, on ne saurait retenir un régime unifié de responsabilité pour la procédure abusive»¹³⁸. Bien qu'accessoire à l'élaboration du raisonnement, cette distinction illustre certaines assertions fort discutables et sous-jacentes à la dissidence.

47. D'abord *Nelles*, souvenons-nous, substituée à une immunité absolue, de droit public, une immunité relative, de droit public également, jusque-là accordée à tout particulier en pareilles circonstances. Ainsi que l'explique le juge Lamer lorsqu'il endosse les enseignements suivants du professeur Fleming:

La désapprobation que le droit a traditionnellement manifestée à l'égard de l'action pour poursuites abusives ressort le plus nettement des *restrictions* qui lui ont été apportées afin de faire obstacle à ce type d'actions *et de protéger les particuliers* qui s'acquittent de leur devoir *public* de *poursuivre* les personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir commis des crimes.¹³⁹

Bref, la poursuite criminelle engagée par un particulier, du temps où il lui était permis de le faire au Québec, constituait un geste public, dans l'accomplissement d'un devoir public, et s'agrémentait d'une immunité relative de *common law* publique, en restriction au *tort* de *malicious prosecution* ou de poursuites abusives. Le sort des particuliers ou des policiers n'est donc pas, à cet égard, différent de celui réservé par *Nelles* au procureur général et à ses substituts. En second lieu, affirmer que «une plainte, une arrestation ou une saisie *sans motif raisonnable et probable*» «équivalait» à faute civile pose encore problème. En effet la présence même du fameux critère «sans motif raisonnable et probable» ne donne-t-elle pas lieu de penser qu'il s'agit d'une norme de droit pénal public, tout simplement codifiée au *Code criminel*, norme qui n'a pas d'équivalent en droit privé civil et n'a pas à en avoir. Également, en s'appuyant sur la décision *Chartier c. P.G. du Québec*¹⁴⁰, fondée sur une arrestation dont l'exécution, entachée de violence, de grossièreté, d'exagération, de manquement à la discipline ou à la déontologie professionnelle policière, constituait (et non équivalait à) faute civile, la Cour d'appel use de l'une et de l'autre, ici «absence de motif raisonnable et probable» de droit public et, là, faute professionnelle de droit privé dans l'exécution matérielle démesurée d'un devoir public pénal. L'agent de la paix qui, «avec motifs raisonnables et probables»,

138. *Id.*, 423; nos italiques.

139. *Nelles*, précité, note 4, 193; nos italiques.

140. Précité, note 120.

procède à une arrestation, par ailleurs respectueuse des règles de l'art et standards professionnels, qui s'avère par la suite non fondée, la victime de cette arrestation étant éventuellement relâchée ou acquittée, jouit d'une immunité relative de droit public, du fait qu'il accomplissait un devoir public, et l'invoquera à l'encontre d'une réclamation en dommages-intérêts entamée contre lui par l'infortunée victime de l'arrestation litigieuse. En contrepartie, si cette arrestation «avec motifs raisonnables et probables», y compris du véritable coupable, est exécutée par l'agent de la paix en violation des règles normatives de sa profession, de son corps de métier, alors cette victime, même coupable du crime à l'origine de son arrestation, pourra invoquer la faute de droit civil privé commise par l'agent de la paix. Ainsi en est-il de l'arrestation brutale et démesurée¹⁴¹, pourtant exacte ou justifiée par des motifs raisonnables et probables, d'un criminel confirmé. Pareillement, l'agent de la paix qui a des «motifs probables et raisonnables» de croire qu'une personne a commis ou est sur le point de commettre un crime, ne pourrait invoquer cette immunité de droit public, devenue impertinente, si l'arrestation s'avérait illégale en raison d'une erreur professionnelle, technique, inexcusable sur l'identité propre de la personne arrêtée¹⁴², erreur non pas équivalente à, mais constitutive d'une faute de droit privé. Ni notre jurisprudence, notamment *Ampleman c. Paradis*¹⁴³, invoquée autant par le demandeur intimé Proulx¹⁴⁴ que par le juge LeBel¹⁴⁵, ni notre doctrine, ne se sont ouvertement intéressées à cette distinction, doublée de complémentarité, entre immunité relative de droit public et responsabilité civile de droit privé, distinction inoffensive dans l'issue de certains cas, déterminante dans d'autres, telle l'affaire *Proulx*.

48. Investi de la mission judiciaire de préciser le droit québécois utile, le juge LeBel voudra au surplus créer de toute pièce une présomption, qu'il élabore comme suit:

141. *Croteau c. Lapolice*, [1989] R.R.A. 314 (C.A.); *Leroux c. Montréal (Communauté urbaine de)*, précité, note 108, 1997; *Dubé c. P.G. Québec*, [1997] R.R.A. 555 (C.S.); *Ouellet c. Société des alcools du Québec*, [1997] R.R.A. 417 (C.S.); voir également la jurisprudence touffue énumérée dans J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, précité, note 33, 287, à la note 617.

142. *Langlois c. R.*, [1960] C.S. 644; *Bisaillon c. Ste-Marie*, (1923) 29 R.L.n.s. 499 (C.S.); *Bigras c. Cité de Montréal*, (1892) 16 L.N. 125 (C.S.).

143. (1934) 56 B.R. 358.

144. *Proulx* [1999] 411.

145. *Id.*, 423.

Le fardeau de preuve [pénale] du ministère public lui impose une obligation corrélative de vérification des possibilités de succès avant l'ouverture d'une procédure criminelle. Déclencher une procédure pénale sans motif raisonnable et probable comporte *prima facie* soit un abus des pouvoirs discrétionnaires accordés au procureur de la Couronne, soit une erreur inexplicable parce que, en principe, celui-ci ne doit porter des accusations qu'en présence de tels motifs, après s'être assuré qu'il existe une infraction en droit et qu'il peut raisonnablement escompter en faire la preuve. Une poursuite engagée en violation de ces principes équivaut à une erreur grossière et téméraire.¹⁴⁶

Cette dernière phrase, qui clôt un exercice juridique à notre connaissance inédit, ajoute une de ces nouvelles équations ou équivalences dont est parsemée l'opinion dissidente. «Absence de cause raisonnable et probable» égale «erreur grossière». Cette parité dépasse *Nelles*. Certains arrêts québécois avaient reconnu que l'absence de cause raisonnable et probable peut, selon les circonstances de l'espèce, équivaloir à malice ou mauvaise foi¹⁴⁷. Mais il ne s'est agi ni d'une présomption, ni d'une équation machinale, encore moins de l'assimilation ou de la fusion de deux normes parfaitement distinctes, comme le veut *Nelles*. À tout événement, cette méthode analogique conduit derechef au droit privé. «[I]l faut alors examiner», renchérit le juge LeBel, «si ses concepts de faute lourde et de faute intentionnelle correspondent aux types de faute qui, suivant la Cour suprême dans l'arrêt *Nelles*, permettent d'écarter l'immunité du procureur général et de ses substituts. Cette analyse doit s'effectuer en retenant les caractères propres de la responsabilité civile en common law privée»¹⁴⁸. Et le magistrat traitera subséquemment de «la *gross negligence*, qui est peut-être la notion la plus proche de la faute lourde»¹⁴⁹, pour, semble-t-il, éclairer notre compréhension de cette dernière. Il intègre aussi à sa démonstration que «les définitions généralement données aux termes *malice*, *bad faith* et *gross negligence* s'avèrent sensiblement semblables à celles que l'on utilise en droit civil». D'où sa conclusion ponctuelle:

Un point commun paraît se dégager. Au Québec, comme dans les provinces de common law, s'est confirmée une distinction entre la

146. *Id.*, 422.

147. *Larocque c. Willet*, (1874) 23 L.C.J. 184, 189 (C.B.R.); *Lefuntun c. Bolduc*, (1878) 1 L.N. 266, 267 (C.S.); *Lake of Woods Milling Co. c. Ralston*, (1911) 20 B.R. 536, 541; *Waller c. C.P.R.*, (1912) 1 D.L.R. 47, 55 (C.S.).

148. *Proulx* [1999] 424; nos italiques.

149. *Id.*, 425.

conduite téméraire et insouciant associée à une faute qualifiée (*gross negligence*), et la conduite malicieuse ou malveillante ou dans laquelle se révèle un état d'esprit répréhensible.¹⁵⁰

Soit dit avec la plus profonde considération, outre qu'elle flirte avec le *tort* de *negligence*, distinct de celui de *malicious prosecution*, cette conclusion ponctuelle ne pourrait découler de la faute de droit civil, qui n'exige nullement l'élément intentionnel, bien qu'on ait maintes fois voulu l'y inclure sous le poids inavoué de la *common law* publique.

C- La mise en œuvre de ce régime en l'espèce

49. Avant d'entrer, même sommairement car là n'est pas l'objectif de cette chronique axée sur les sources juridiques du droit normatif, avant d'entrer, donc, dans l'examen de la mise en œuvre factuelle du régime de responsabilité dressé par le juge LeBel, qu'il nous soit permis d'avouer notre incapacité à comprendre les raisons du demi tour apparemment négocié en ce tardif point précis. En effet la dissidence oblique abruptement, pour «déterminer [si le substitut] agissait dans cette instance judiciaire avec un objectif illégitime, *au sens de l'arrêt Nelles*»¹⁵¹. Elle va même jusqu'à s'en remettre à la vénérable décision anglaise *Hicks c. Faulkner*¹⁵², pour utiliser le cadre analytique suivant, de *common law* et de contenu calqué sur *Nelles*¹⁵³:

On doit d'abord examiner s'il existait des motifs raisonnables et probables de croyance en la culpabilité de M. Proulx. La décision [de déposer l'accusation de meurtre] doit reposer sur une croyance de bonne foi en la culpabilité. Cette croyance se fondera sur des motifs raisonnables en l'existence d'un état de fait qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait un homme normalement avisé et prudent à la place de l'accusateur à conclure que l'inculpé était probablement coupable du crime.¹⁵⁴

Or, si ce postulat fait ici autorité, c'est qu'il est de *common law* publique. Autrement, comment pourrait-il émerger d'une *common law* privée ontarienne que le juge LeBel a pris grand soin et labeur d'éloigner de notre droit privé québécois, au motif que ce dernier, de un, faisait autorité en matière d'immunité généralement, de deux, disposait des outils adéquats pour garnir ou meu-

150. *Ibid.*

151. *Proulx* [1999] 426; nos italiques.

152. (1881-82) 8 Q.B.D. 167, 171, mentionné à la note 95, *id.*, 427.

153. *Nelles*, précité, note 4, 193.

154. *Proulx* [1999] 427.

bler cette coquille supposée creuse, de *common law* publique, l'immunité relative du procureur général et de ses substituts?

50. Quoi qu'il en soit, forte de théories métissées et fabriquées en réponse à un questionnement qu'elle a orienté spontanément, à ses premières réflexions, la dissidence passe à l'appréciation factuelle du litige. Cette dernière pivote principalement sur deux griefs reprochés au substitut, défendeur appelant. Dans les deux cas, tandis qu'il les examine à la lumière du critère de l'«absence de cause raisonnable et probable», le juge LeBel exige du substitut des connaissances et une rigueur juridiques supérieures à celles-là même qu'a manifestées le juge des assises, en novembre 1991 à la Cour supérieure. En premier lieu, «au moment de porter des accusations [en mars 1991], le substitut *savait* que cette preuve tirée des enregistrements [de 1983] avait été obtenue en violation de [l']arrêt *R. c. Duarte* [de 1990¹⁵⁵], qui avait déclaré la surveillance participative de communications privées contraire à l'article 8 de la charte [et qui] *était déjà connu et appliqué par les tribunaux du Québec*. En mars 1991, le substitut [...] *aurait dû* savoir que la mise en preuve de la conversation [...] serait refusée, selon une interprétation correcte, ou qu'à tout le moins on lui nierait toute valeur probante. Il *devait* également prévoir que l'enregistrement de l'interrogatoire [...] subirait le même sort s'il essayait de l'employer»¹⁵⁶. En second lieu, en «déclenchant la procédure criminelle contre Proulx, le substitut sort alors *délibérément* du cadre du droit pénal canadien. Il engage le processus pénal, alors que, s'il procède à une analyse objective des éléments de preuve et des règles de droit qui entourent l'appréciation de leur pertinence et de leur recevabilité, il *doit* savoir qu'il ne peut conduire le procès à son terme et obtenir légalement une condamnation»¹⁵⁷. Ces deux blâmes font bien peu de cas de ce que le dossier pénal possédait pourtant suffisamment de teneur *juridique* pour franchir et l'enquête préliminaire et la première instance judiciaire, étant entendu que son redressement et l'acquittement du demandeur intimé ne surviendront que grâce au recul de la jurisprudence subséquente et de la Cour d'appel du Québec, en matière criminelle, le 20 août 1992.

51. Les véritables considérations normatives qui gouvernent la dissidence du juge LeBel reviennent sous une forme

155. Précité, note 7.

156. *Proulx* [1999] 429; nos italiques.

157. *Id.*, 430; nos italiques.

condensée et explicite dans sa conclusion – au demeurant appendiculaire, car il l’a rédigée après avoir pris connaissance des opinions de ses deux collègues majoritaires. Il y note avec raison que malgré que ceux-ci se déclarent en accord avec certains principes de responsabilité énoncés par lui, «en réalité [...] le désaccord porte plutôt sur la nature et la portée des principes en cause»¹⁵⁸. Le juge LeBel n’a effectivement pas tort de constater qu’«alors qu’elles reconnaissent que des *fautes* sérieuses ou graves ont été commises, leurs opinions [majoritaires] excluent la responsabilité du procureur général»¹⁵⁹. Il ne semble cependant pas mettre en doute sa compréhension de *Nelles*, ni l’usage, différent de celui de ses deux collègues, qu’il fait de la faute. Il estime même, dans sa persuasion, que la «conclusion de [ses collègues majoritaires] met effectivement de côté la position de la Cour suprême dans l’arrêt *Nelles*»¹⁶⁰. Il nous appert plutôt que ce soit la dissidence qui s’écarte substantiellement de *Nelles*. À la toute fin de sa conclusion qui tient du post-scriptum, le magistrat dissident reprend ce langage et ces règles normatives hélas trop courants en jurisprudence et doctrine québécoises, toutes deux fondées sur une séculaire équivoque à l’égard des sources de notre droit, de notre *common law* publique. Le juge LeBel boucle en effet sa dissidence en livrant un appel au droit de la faute, comme si le droit civil et privé de la responsabilité extracontractuelle devait présider à l’issue du débat: «[d]es fautes ont été commises par le substitut. En raison de leur nature, ces fautes ne lui permettent pas, non plus qu’au procureur général du Québec, d’invoquer l’immunité relative que reconnaît la *common law*»¹⁶¹. La judicieuse mise en garde du juge Lamer dans *Nelles* se serait-elle si tôt perdue, lui qui, à sa conclusion également, insistait:

Il importe de souligner qu’il s’agit ici d’une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n’est question ni d’erreurs de jugement, ni d’erreurs dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle.¹⁶²

IV- LES OPINIONS MAJORITAIRES

52. Concise, et elle n’avait peut-être pas à se qualifier autrement, l’opinion du juge Beaugard partage avec celle du

158. *Id.*, 432.

159. *Id.*, 433; nos italiques.

160. *Ibid.*

161. *Id.*, 433.

162. *Nelles*, précité, note 4, 199; la version anglaise originale dit «*professional negligence*», que l’on aurait très bien pu traduire par «faute professionnelle», si le litige était venu du Québec.

juge LeBel, que «la doctrine de l'arrêt *Nelles c. Ontario* trouve application au Québec»¹⁶³. Toutefois, malgré cette apparente concordance avec son collègue, le juge Beauregard colle à l'orthodoxie du double critère cumulatif: «pour qu'une action en dommages par suite d'un acquittement^[164] puisse réussir, le demandeur doit prouver non seulement qu'il a été poursuivi en l'absence de motifs raisonnables et probables, mais qu'en autorisant la dénonciation le substitut a fait montre de malveillance»¹⁶⁵. D'autre part, même cumulatifs, les deux critères peuvent, selon les circonstances d'un litige, se fondre: «j'accepte», de préciser le juge Beauregard qui n'insinue ni présomption ni équation *prima facie*, «qu'une absence manifeste de motifs raisonnables et probables de culpabilité de l'accusé peut équivaloir à de la malveillance»¹⁶⁶. Les fondements normatifs de l'opinion du juge Beauregard ne coïncident nullement avec ceux de la dissidence. L'écart qui les sépare devient plus apparent encore en cours d'appréciation des faits par le juge Beauregard qui repousse expressément et correctement le critère de la faute. Deux fois plutôt qu'une, le juge Beauregard affirme que, en l'espèce, «le substitut n'a pas fait montre de malveillance au sens de l'arrêt *Nelles*»¹⁶⁷, ce qui lui donne l'occasion de prendre, par la personne interposée du juge Rioux, ses distances à l'égard de la grille analytique engendrée par le juge LeBel. Le juge Beauregard attribue sa volonté d'accueillir le pourvoi à la démarche rationnelle suivante:

Si j'arrive à une autre conclusion que celle du juge de première instance, ce n'est pas que j'aie une appréciation des faits qui est différente de la sienne. En réalité, pour les fins de juger de la conduite du substitut, les faits ne sont pas contestés. Mon intervention résulte du fait que, avec égards pour le premier juge, je suis d'avis que celui-ci n'a pas fait une application correcte de *Nelles* et qu'il ne s'est pas posé la question de savoir si le substitut avait fait montre de malveillance au sens de l'arrêt *Nelles* [...] l'erreur de droit du substitut n'a pas constitué de la malveillance. *Même lorsqu'elle constitue une faute professionnelle*, l'erreur de droit n'est pas de la malveillance [...] je crois faire simplement une application de l'arrêt *Nelles*.¹⁶⁸

Ces critiques à l'endroit du juge de première instance, le juge Beauregard aurait pu tout aussi bien les diriger vers la dissidence,

163. Proulx [1999] 434.

164. Rappelons que la Cour suprême du Canada, dans *Nelles*, précité, note 4, 193, utilise le critère plus englobant de «décision favorable au demandeur».

165. Proulx [1999] 434.

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*

168. *Id.*, 434-435; nos italiques.

assise sur le critère de faute. Dans son épilogue, le juge LeBel, rangé du côté du juge de première instance, reproche à ses deux collègues majoritaires d'avoir outrepassé leur pouvoir de remettre en cause des appréciations factuelles du jugement *a quo*. Ce faisant, le juge dissident revient irrésistiblement au critère de la faute lorsqu'il *présume* que «le juge Rioux avait conclu à l'existence de l'intention requise pour engager la responsabilité civile de l'appelant. Cette constatation de fait quant à l'existence de l'intention constituait le fondement de l'opinion du premier juge aussi quant à la qualification du comportement du substitut et à l'identification d'une *faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État*»¹⁶⁹.

53. Un brin plus répandu que le juge Beaugard en matières factuelles, beaucoup moins abondant que la dissidence sur l'élaboration du cadre normatif, le juge Brossard livre une opinion déroutante. D'entrée de jeu il se dit «d'accord avec l'analyse juridique exhaustive [du juge LeBel] concernant les critères et exigences requis pour que la *faute* d'un substitut du procureur général puisse être qualifiée de suffisamment grave, grossière et malveillante ou malicieuse pour lever l'immunité relative de celui-ci [mais] pas d'accord avec [le juge LeBel] quant à l'application des principes juridiques qu'il dégage aux faits de l'espèce»¹⁷⁰. Or, quand il eut pris connaissance des opinions majoritaires, le juge LeBel ajouta en postface à sa dissidence que «le désaccord porte plutôt sur la nature et la portée des principes en cause»¹⁷¹. D'où la précarité du jugement *Proulx*, qui voit le juge Brossard s'afficher en accord avec les principes juridiques énoncés par le juge LeBel, qui, lui, après lecture de l'opinion du juge Brossard, conclut au contraire que ce dernier s'appuie sur des principes juridiques «de nature et portée» différentes de celles formulées dans sa dissidence. Visiblement, les deux magistrats, conscients de leur désaccord sur l'appréciation des faits de l'espèce, ne s'entendent guère par ailleurs sur la question de savoir s'ils sont en accord ou non sur le droit normatif. Bref, l'un, le juge LeBel, est en désaccord avec ce que l'autre, le juge Brossard, croit être un accord, ce qui, on en conviendra, risque de s'avérer peu instructif pour le justiciable.

54. Qui plus est, sauf respect, la démarche théorique du juge Brossard ne semble pas parfaitement cristalline. On sait

169. *Id.*, 432.

170. *Id.*, 435; nos italiques.

171. *Id.*, 432.

du distingué magistrat «que le régime de responsabilité applicable au substitut du procureur général et à ce dernier exclut que celle-ci puisse se fonder seulement sur le simple fait de l'existence ou de la preuve d'une *faute professionnelle* [et que] le fardeau repose sur [le demandeur] d'établir par preuve prépondérante une ou des *fautes* du substitut susceptibles d'être qualifiées de grossières et malveillantes, ou d'être le résultat d'un comportement téméraire («reckless»)»¹⁷². Outre qu'il traite de responsabilité, plutôt que d'immunité, et analyse le dossier dans cette perspective, le juge Brossard prend appui sur une faute augmentée d'ajouts alternatifs. «En d'autres mots», précise-t-il, «l'intimé devait établir soit une intention malveillante de la part du substitut, soit un comportement faisant délibérément fi des conséquences éventuelles d'une accusation qu'il savait ou devait savoir ne pas pouvoir résister à l'analyse objective de la preuve»¹⁷³. Mais, à moins qu'elle ne découle entièrement du contenu normatif de la dissidence, cette nouvelle mouture des critères de *Nelles*, pourtant cumulatifs en Cour suprême du Canada, n'est accompagnée d'aucune explication relative à ses sources, ni à son caractère alternatif.

55. De toute façon, le juge Brossard a choisi comme point de départ de la réclamation en dommages-intérêts consécutive à poursuite abusive, la faute¹⁷⁴: «le substitut a été *fautif* [...] et négligent dans l'exécution de son *mandat professionnel* [...] il a incontestablement commis une *faute* en ne réalisant pas que, en toute probabilité, la preuve de la conversation enregistrée serait ou devait être jugée inadmissible [...] Il s'agit là d'une *faute* certes sérieuse mais, à mon avis, de caractère strictement professionnel [...] Le substitut a incontestablement été *fautif* [...] Il s'agit là d'une *faute* d'omission»¹⁷⁵. Il nous paraît souhaitable que ces affirmations soient éventuellement identifiées par nos tribunaux comme de simples *obiter dicta*. D'abord, *Nelles* et l'immunité relative énoncent quatre critères clairs et précis dont aucun ne réfère ni à la faute ni à la *negligence*. Notre Cour d'appel ne semble pas

172. *Id.*, 436.

173. *Ibid.* Le juge Brossard écrira aussi que «le fardeau repose sur [le demandeur] d'établir l'intention malveillante du substitut ou que son comportement avait été téméraire et grossièrement négligent» (*ibid.*).

174. Bien qu'il choisira, en une occasion, de traiter des «erreurs professionnelles» du substitut: *id.*, 442. En une autre occasion, il écrira que le substitut «peut se tromper. Sa conviction peut être erronée. Ce n'est que si cette erreur résulte de ou est grossière au point d'équivaloir à un comportement téméraire, malveillant ou malicieux, qu'elle engage sa responsabilité»: *id.*, 443.

175. *Ibid.*; nos italiques.

saisir que le but de l'immunité *relative* consiste non seulement à éviter, dans les circonstances déterminées, la condamnation du procureur général et de ses substituts à verser des dommages-intérêts, mais aussi à empêcher que des *erreurs*, le cas échéant, ne fassent l'objet d'allégations et de tentatives de démonstration judiciaire de comportements *fautifs* ou de *négligence* chez ceux-ci. Il ne s'agit guère de créer une classe de professionnels privilégiés, intouchables, mais de maintenir franche et libre l'exécution, l'acquiescement d'un devoir public de nature quasi judiciaire. Pas plus qu'on ne recherche les *fautes* des instances judiciaires, dotées d'une immunité absolue il est vrai, ou des instances quasi judiciaires, pareillement protégées¹⁷⁶, ne doit-on rechercher, en vertu des immunités relatives, les *fautes* des auteurs de décisions, gestes ou actes quasi judiciaires qui, *erronés*, ont causé dommages. En second lieu et surtout, comme le note pourtant le juge Brossard lui-même, qui y applique toutefois le critère du malveillant ou malicieux, «il n'en demeure pas moins que aussi improbable ou déraisonnable qu'ait pu être le verdict final, l'intimé avait néanmoins été cité à procès à la suite de son enquête préliminaire, c'est-à-dire que la preuve avait paru suffisante à un *juge* pour être soumise à l'appréciation d'un jury [...] il peut être difficile, sinon même délicat, de qualifier de malveillante ou malicieuse ou de téméraire («reckless») la démarche du substitut alors qu'elle est, à première vue, sanctionnée de façon préliminaire par des décisions du tribunal»¹⁷⁷. Comment alors les mêmes erreurs, reproches ou lacunes imputés au substitut, par ailleurs entièrement connus, soupesés et bénis par ce juge d'une cour supérieure pénale, peuvent-ils être taxés de *fautifs*? En d'autres termes, les erreurs de droit, irrégularités juridiques ou illégalités ouvertement commises de bonne foi (le juge Brossard a écarté la malveillance et la témérité des défendeurs appelants) par un procureur, en poursuite ou en défense, devant un juge d'une cour supérieure, et non décelées par ce dernier, seraient-elles des fautes chez ce procureur mais de simples erreurs chez ce juge qui, en vertu de ses connaissances professionnelles présumées adéquates, approuvait les gestes du procureur en dépit, de surcroît, des objections expresses des avocats de l'accusé?

56. En somme, l'opinion du juge Brossard ne serait peut-être pas du plus grand secours pour déterminer l'état exact du droit sur la question en litige. L'incertitude ne résulterait pas

176. *Morier c. Rivard*, précité, note 61.

177. *Id.*, 439-440.

uniquement d'une appréciation discutable de certains faits de l'espèce jugés fautifs, appréciation au demeurant périphérique à la *ratio decidendi*, mais, plus fondamentalement, du cadre juridique de l'analyse menée par le magistrat. Ce dernier se situe prioritairement en terrain de responsabilité civile et de faute de droit privé, plutôt qu'en matière d'immunité relative et des quatre conditions de *common law* publique. À cela, il enchevêtre, par simple référence, les explications normatives du juge LeBel, dissident et qui proteste vigoureusement contre cette accolade du juge Brossard. D'où notre réticence à considérer comme définitionnelle du droit de l'immunité relative du procureur général et de ses substituts à raison d'accusations abusives, l'affirmation suivante du juge Brossard:

L'intimé n'a pas établi, en l'espèce, que la négligence ou que les fautes reprochées au substitut répondaient au test établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nelles*, et si bien explicité par mon collègue le juge LeBel, pour permettre de lever l'immunité relative dont bénéficie l'intimé en l'instance et son substitut.¹⁷⁸

CONCLUSION

57. La décision *Proulx* du 11 février 1999 aura des retombées jurisprudentielles que seul un prophète pourrait anticiper et mesurer exactement. Le bilan que l'on dressera de cette décision sera donc partiel et provisoire. Dans la colonne des éléments positifs, on peut d'abord féliciter la Cour d'appel du Québec d'avoir unanimement reconnu à la *common law* publique et à l'arrêt *Nelles* une autorité certaine sur la solution d'un litige *impliquant* la responsabilité extracontractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts à raison d'accusations ou poursuites pénales erronées ou malicieuses. C'est un important pas franchi dans la bonne direction par une Cour d'appel qui, en 1996 encore, dans *Levy*¹⁷⁹, répétait la thèse de l'exclusivité, du monopole, du droit civil privé sur la question. En second lieu, bien qu'elle y parvienne par des voies obliques dont l'une, tracée par le juge Brossard, n'est peut-être pas de la plus rigoureuse cartographie juridique, la majorité de la Cour se saisit heureusement de l'esprit et, dans le cas du juge Beauregard, de la lettre même de l'immunité relative établie par la *common law* publique dans *Nelles*. Inopportun d'un point de vue strictement juridique, le phénomène contraire aurait en outre produit sur le procureur général et ses substituts cet «effet paralysant» que voulait éviter

178. *Id.*, 442.

179. Précité, note 99.

le juge Lamer¹⁸⁰ et auquel pourrait conduire le régime normatif, inhibiteur, promu par le juge LeBel.

58. L'arrêt *Proulx*, à son débit, n'offre pas toutes les garanties que l'on pourrait normalement attendre d'une sentence de la Cour d'appel. Primo, l'exposé normatif, de substance juridique, le plus étendu et fouillé, demeure la dissidence. À moins qu'il ne soit éventuellement endossé par la Cour suprême du Canada, un jour ou l'autre¹⁸¹, un énoncé juridique issu d'une dissidence, quels qu'en soient la rigueur et le bien-fondé, peut difficilement faire jurisprudence et servir de guide aux instances inférieures ou de même rang. Secundo, ainsi que l'objecte le juge LeBel lui-même, il serait inexact de prétendre que son énoncé normatif recueille, malgré son caractère dissident, l'assentiment de ses deux collègues majoritaires. Tout ce sur quoi le juge Beauregard affirme expressément partager l'avis du juge dissident, c'est sur le point que «la doctrine de l'arrêt *Nelles c. Ontario* trouve application au Québec»¹⁸². La suite du raisonnement du juge Beauregard démontre éloquemment que celui-ci fréquente d'autres avenues, d'ailleurs plus fidèles à *Nelles*, que celles défrichées et foulées par le juge LeBel. Quant à l'endossement, par le juge Brossard, des explications de fond du juge LeBel, la fin de non-recevoir que ce dernier lui sert le rend à toute fin utile caduc. Tertio, car une opinion minoritaire ne perd pas, de cette seule qualité, toute valeur juridique, la dissidence ouvragée du juge LeBel doit quand même être traitée avec grande circonspection. D'abord, elle fait un détour superflu, qui pourrait s'avérer risqué en d'autres conditions ou litiges engageant la puissance publique, dans la distinction politique-opérationnel, distinction impertinente et justement ignorée par *Nelles*. En deuxième lieu, elle traite l'immunité relative déterminée par la *common law* publique de *Nelles*, comme une notion gigogne qui recèlerait des instruments de droit civil privé de responsabilité extracontractuelle, notamment une faute professionnelle de type spécial. Or, estimons-nous comme le juge Beauregard, il n'y a pas lieu de «traduire» l'arrêt *Nelles* en droit québécois, mais d'en «faire simplement une application»¹⁸³. Conséquemment et en troisième lieu, parmi les quatre critères énoncés par *Nelles*, les deux derniers, «l'absence de motif raisonnable et probable» et

180. *Nelles*, précité, note 4, 196-197.

181. Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été accordée le 14 octobre 1999.

182. *Proulx* [1999] 434.

183. *Id.*, 435.

«l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi», sont bel et bien cumulatifs, et non alternatifs comme persiste à l'affirmer le juge LeBel, sur la foi d'une jurisprudence de notre tribunal d'appel que l'on souhaiterait définitivement archivée depuis *Nelles*. Quatrièmement, que «l'absence de cause raisonnable et probable» puisse, en circonstances idoines, équivaloir à «malice ou mauvaise foi», certes, ainsi que l'accepte le juge Beauregard lorsque cette absence est *manifeste*¹⁸⁴. Mais telle équivalence circonstancielle n'a pas la teneur d'une présomption à laquelle consent malheureusement la dissidence.

59. La Cour d'appel du Québec n'a pas su tirer profit, ni faire profiter les milieux juridiques québécois, de l'occasion que lui tendait le litige *Proulx*, par ailleurs immensément déplorable, pour dissiper, nettoyer les malentendus et contradictions patentes dont sont farcies notre jurisprudence et notre doctrine en matière d'immunités, d'une part, et de responsabilité civile extracontractuelle, de l'autre, incidemment à l'égard de la puissance publique. Les premières sont de *common law* publique, ou de droit statutaire évidemment, et protègent autant particuliers qu'agents ou officiers publics, à raison non pas de leur qualité ou statut personnel, mais plutôt d'actes, de fonctions publics qu'ils accomplissent dans l'intérêt collectif. Ce n'est qu'après avoir transpercé cette armure de droit public que s'applique la seconde, de droit privé, soit la responsabilité civile extracontractuelle. Ici, prioritairement, l'immunité tient à quatre conditions de *common law* publique. Là, subsidiairement, la responsabilité résulte de la faute, du lien de causalité, puis de la nature et de l'étendue des dommages, tous éléments propres au droit privé québécois. Que l'on veuille considérer le bris ou la violation d'une immunité de droit public comme, en outre, au niveau de la responsabilité extracontractuelle, une faute de droit privé, soit. Qu'une faute de droit privé, même choquante ou «qualifiée», constitue à elle seule le bris ou la violation d'une immunité de droit public, nenni. À moins, bien sûr, que le droit public y ait consenti, ce que *Nelles* n'a pas voulu. Tout compte fait, des trois opinions livrées dans *Proulx*, celle du juge Beauregard, sobre à l'excès, nous paraît préférable car loyale à *Nelles*, et devrait faire jurisprudence, encore qu'elle nous prive regrettamment d'un si précieux non-dit.

184. *Id.*, 434.