

THE TORT OF MALICIOUS PROSECUTION: A PRINCIPLED ACCOUNT

*Michael Law-Smith**

This article provides a justification for the often-criticized tort of malicious prosecution. It begins by discussing the Supreme Court of Canada's malicious prosecution caselaw and by reconstructing the Court's expressed policy-based account of the tort. This policy-based account raises three concerns: (1) it renders the malice standard arbitrary, (2) it fails to explain why malicious prosecutors should be held accountable as a matter of private rather than public law, and (3) it leaves the source of the plaintiff's private right mysterious. However, the Court's jurisprudence supports a more principled account, specifically one that focuses on the nature and limits of a prosecutor's public office. This office-based account responds to the above concerns while affirming the Court's view that malice is the correct standard of fault and, more generally, that malicious prosecution is a distinctly private wrong.

Cet article développe une justification au délit de poursuite abusive, qui est souvent critiqué. Il débute par l'examen de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de poursuites abusives et reconstitue l'explication du délit offerte par la Cour, laquelle se fonde sur les politiques publiques. Cette explication fondée sur les politiques publiques soulève trois préoccupations : (1) elle rend arbitraire le critère de l'intention malveillante, (2) elle n'explique pas pourquoi la responsabilité des procureurs malveillants devrait s'enraciner dans le droit privé plutôt que le droit public, et (3) elle laisse mystérieuse la source du droit privé du plaignant. Cela dit, la jurisprudence de la Cour appuie une approche fondée sur des principes plutôt que des politiques publiques, en particulier une approche qui se concentre sur la nature et les limites de la charge publique d'un procureur. Une telle approche répond aux préoccupations susmentionnées tout en confirmant le point de vue de la Cour selon lequel l'intention malveillante est la norme de faute applicable et, plus généralement, les poursuites abusives constituent un délit de droit privé distinct.

* JD/PhD Candidate, Faculty of Law & Department of Philosophy, University of Toronto. An earlier version of this article was awarded the Faculty of Law's Private Law Writing Prize. Many thanks to the prize committee, participants of the SJD Works-in-Progress workshop, as well as Christopher Essert, Larissa Katz, Arthur Ripstein, and Stephen Smith for helpful comments on previous drafts. Thanks also to the anonymous reviewers and the editors of the *McGill Law Journal* for excellent comments and suggestions. This research was supported by the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada.