

Morris T. Cherneskey (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Armada Publishers Limited and Sterling King (*Defendants*) *Respondents*.

1977: December 12, 13; 1978: November 21.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Libel — Defence of fair comment — Words complained of published in correspondence column of newspaper — Material found to be defamatory — No evidence that material represented honest opinion of writers of letter — Denial of honest belief by publisher and editor — Whether trial judge erred in taking away from jury defence of fair comment.

As a result of a letter written by two law students and published in the correspondence column of the Saskatoon Star-Phoenix, the appellant (an alderman and a practising lawyer in Saskatoon) brought an action for libel against the publisher of the paper and its editor. The writers of the letter were not sued, nor did they appear as witnesses, as both were out of the province at the time of the trial. The letter concerned a petition which was presented to the Saskatoon City Council and which was apparently drafted with the assistance of the appellant. The petition presented on behalf of 54 citizens was directed against the establishment of an alcoholic rehabilitation centre in what was alleged to be a residential section of Saskatoon and the report of its presentation to council as published in *The Star-Phoenix* referred in particular to Indians and Metis whose use of the centre was alleged to be detrimental to the area.

The only express reference made to the appellant in this report was contained in the last paragraph reading: "Ald. Morris Cherneskey told council he did not think the zoning laws of the area envisioned 15 people living in one place, and until it is fully clarified it should not operate as an alcoholic rehabilitation centre when the citizens of the neighborhood are concerned."

Having read this article, the two law students proceeded to write the letter in question to *The Star-Phoenix*. The letter was published in a column headed

Morris T. Cherneskey (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Armada Publishers Limited et Sterling King (*Défendeurs*) *Intimés*.

1977: 12 et 13 décembre; 1978: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Libelle — Défense de commentaire loyal — Mots contestés publiés dans une colonne de lettres des lecteurs du journal — Lettre estimée diffamatoire — Aucune preuve que la lettre représente l'opinion honnête des auteurs — L'éditeur et le rédacteur nient avoir la conviction honnête — Le juge du procès a-t-il erré en ne soumettant pas la défense de commentaire loyal au jury?

A la suite de la publication d'une lettre, adressée par deux étudiantes en droit, sous la rubrique des lettres des lecteurs dans *The Star-Phoenix* de Saskatoon, l'appelant (conseiller municipal et avocat en exercice à Saskatoon) a intenté une action en libelle contre l'éditeur et le rédacteur de ce journal. Les auteurs de la lettre n'ont pas été poursuivis et n'ont pas témoigné, car elles étaient toutes deux à l'extérieur de la province au moment du procès. La lettre concerne une pétition présentée au conseil municipal de Saskatoon et apparemment rédigée avec l'aide de l'appelant. La pétition, présentée au nom de 54 citoyens, s'oppose à l'implantation d'un centre de réadaptation pour alcooliques dans un quartier dit résidentiel de Saskatoon. Le compte rendu de la présentation de cette pétition au conseil, publié dans *The Star-Phoenix*, mentionne en particulier qu'en attirant des Indiens et des Métis, le centre serait préjudiciable au quartier.

Ce compte rendu ne mentionne expressément l'appelant qu'au dernier alinéa, que voici: «Le conseiller municipal Morris Cherneskey a dit au conseil qu'à sa connaissance, les règlements de zonage du quartier n'autorise pas la cohabitation de quinze personnes dans la même maison et que celle-ci ne devrait pas servir de centre de réadaptation pour alcooliques, tant qu'on n'aura pas tiré au clair cette question, vu les réserves des habitants du quartier.»

Après avoir lu cet article, deux étudiantes en droit ont écrit la lettre en cause à *The Star-Phoenix*. Elle a été publiée sous la rubrique «Lettres au rédacteur» et était

“Editor’s Letter Box” and was itself headed “Racist Attitude”. The appellant alleged that the tenor of the letter was such as to charge him with being “racist” and with conduct unbecoming a barrister and solicitor. He claimed that the heading and the letter would tend to lower him in the estimation of right-thinking members of society generally and the citizens of Saskatoon in particular and that the words were defamatory.

The trial judge refused to put to the jury the defence of fair comment on the ground there was no evidence that the words complained of expressed the honest opinion of anyone, either the writers of the letter, or any member of the editorial staff of the paper, or its publisher. The judge was of the view that without such honest opinion he could not tell the jury that the defence of fair comment was available to the defendants. The jury found in favour of the plaintiff and awarded him \$25,000 damages. On appeal, the Court of Appeal by a majority allowed the defendants’ appeal and ordered a new trial. Pursuant to leave granted by the Court of Appeal, the plaintiff then appealed to this Court.

Held (Spence, Dickson and Estey JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the judgment at trial restored.

Per Laskin C.J. and Martland and Beetz JJ.: A defence of fair comment is dependent upon the fact that the words in issue represent an honest expression of the real view of the person making the comment. In the present case the evidence was clear that the letter complained of did not represent the honest expression of the real views of either the owner and publisher of the newspaper or of its editor.

The writers of the letter were not called to give evidence, and so there was no evidence to prove that the letter was an honest expression of their views. The only evidence available was that the editor said, with reference to the writers of the letter, “we figured that was their opinion or their view or their observations”.

This was not a sufficient basis to enable the respondents to rely upon the defence of fair comment. There was no evidence to show that the material published, which the jury found to be defamatory, represented the honest opinion of the writers of the letter, or that of the officers of the newspaper which published it. In these circumstances the trial judge was properly entitled to decide not to put the defence of fair comment to the jury.

Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd., [1958] 1 W.L.R. 743, referred to.

coiffée du titre «Attitude raciste». L’appelant prétend que la lettre l’accusait en fait de «racisme» et de conduite indigne d’un avocat. Il prétend que le titre et la lettre tendent à ternir sa réputation aux yeux des membres bien pensants de la société en général et des citoyens de Saskatoon en particulier et que les termes utilisés sont diffamatoires.

Le juge de première instance a refusé de soumettre la défense de commentaire loyal au jury parce qu’aucun élément de preuve n’établissait que les mots incriminés étaient l’expression de l’opinion honnête de qui que ce soit, ni des auteurs de la lettre, ni d’un membre de la rédaction, ni de l’éditeur. Le juge était d’avis que, dans ce cas, il ne pouvait dire au jury que les défendeurs pouvaient invoquer la défense de commentaire loyal. Le jury a donné gain de cause au demandeur et lui a accordé un montant de \$25,000 en dommages-intérêts. En appel, la Cour d’appel, à la majorité, a accueilli l’appel des défendeurs et ordonné un nouveau procès. Avec l’autorisation de la Cour d’appel, le demandeur a formé un pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (les juges Spence, Dickson et Estey étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et le jugement de première instance rétabli.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland et Beetz: La défense de commentaire loyal est subordonnée au fait que les mots en cause correspondent à l’expression honnête de la véritable opinion de leur auteur. En l’espèce, la preuve montre clairement que la lettre en cause ne constitue pas l’expression honnête du véritable point de vue du propriétaire et éditeur du journal, ni du rédacteur.

Les auteurs de la lettre n’ont pas été appelés à témoigner, de sorte qu’aucune preuve n’établit que la lettre constitue l’expression honnête de leur point de vue. La seule preuve disponible est que le rédacteur a dit, au sujet des auteurs de la lettre «nous pensions que c’était leur opinion, leur point de vue ou leurs observations».

Ceci ne suffit pas pour permettre aux intimés de s’appuyer sur la défense de commentaire loyal. Aucune preuve ne démontre que le document publié, que le jury a jugé diffamatoire, constitue l’opinion honnête des auteurs de la lettre, ni celle des dirigeants du journal qui l’a publiée. Dans ces circonstances, le juge du procès pouvait décider à bon droit de ne pas soumettre au jury la défense de commentaire loyal.

Jurisprudence: *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743.

Per Laskin C.J. and Ritchie, Pigeon and Pratte JJ.: It is an essential ingredient to the defence of fair comment that it must be the honest expression of the writer's opinion, and each publisher in relying on the defence of fair comment is in exactly the same position as the original writer. Accordingly, in the absence of any proof of the honest belief of the writers of the letter complained of in this case, and having regard to the denial of honest belief by the defendants themselves, the defence of fair comment cannot prevail.

This does not mean that freedom of the press to publish its views is in any way affected, nor does it mean that a newspaper cannot publish letters expressing views with which it may strongly disagree. Moreover, nothing that was said here should be construed as meaning that a newspaper is in any way restricted in publishing two diametrically opposite views of the opinion and conduct of a public figure. On the contrary, as stated by Brownridge J.A., who dissented in the Court below, "what it does mean is that a newspaper cannot publish a *libellous* letter and then disclaim any responsibility by saying that it was published as fair comment on a matter of public interest but it does not represent the honest opinion of the newspaper."

Jones v. Skelton, [1963] 1 W.L.R. 1362; *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *Plymouth Mutual Co-operative and Industrial Society Ltd. v. Traders' Publishing Association Ltd.*, [1906] 1 K.B. 403; *Lyon & Lyon v. Daily Telegraph Ltd.*, [1943] 2 All E.R. 316; *Egger v. Viscount Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248, considered; "*Truth*" (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Arnold v. King-Emperor* (1914), 83 L.J.P.C. 299, applied; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203, referred to.

Per Spence, Dickson and Estey JJ., *dissenting*: A defendant should succeed on a defence of fair comment if he shows that the comment was objectively fair and the plaintiff does not establish malice on the part of this individual defendant. These principles of law apply alike to all defendants; no wider or different rule is necessary for newspapers. On the facts of the present case, in light of the enunciated principles, the trial judge should have left the issue of fair comment to the jury.

Lyon and Lyon v. Daily Telegraph Ltd., [1943] 2 All E.R. 316; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497, considered; *Sim v. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669; *O'Brien v. Clement* (1846), 15 M. & W. 435; *Merivale v. Carson* (1887), 20 Q.B.D. 275; *Thomas v.*

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Pigeon et Pratte: Un élément essentiel de la défense fondée sur le commentaire loyal est qu'il doit s'agir de l'expression honnête de l'opinion de l'auteur et l'éditeur qui invoque la défense de commentaire loyal se retrouve exactement dans la même situation que l'auteur. En conséquence, comme la conviction honnête des auteurs n'est pas démontrée et compte tenu de l'aveu des défendeurs qu'ils ne partageaient pas l'opinion des auteurs, la défense de commentaire loyal ne peut être retenue.

Ceci ne signifie pas que la liberté de la presse de publier son point de vue est amoindrie ou qu'un journal ne peut publier des lettres exprimant des opinions avec lesquelles il peut être en profond désaccord. En outre, rien dans les présents motifs ne signifie qu'un journal ne peut publier deux points de vue diamétralement opposés sur l'opinion et la conduite d'un homme public. Au contraire, comme le dit le juge Brownridge, dissident en Cour d'appel, «En fait, cela signifie qu'un journal ne peut publier une lettre *diffamatoire* et ensuite nier toute responsabilité en disant qu'elle a été publiée à titre de commentaire loyal sur une question d'intérêt public mais qu'elle ne constitue pas l'opinion honnête du journal».

Jurisprudence: décisions examinées: *Jones v. Skelton*, [1963] 1 W.L.R. 1362; *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; *Plymouth Mutual Co-operative and Industrial Society Ltd. v. Traders' Publishing Association Ltd.*, [1906] 1 K.B. 403; *Lyon & Lyon v. Daily Telegraph Ltd.*, [1943] 2 All E.R. 316; *Egger v. Viscount Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248; décisions appliquées: "*Truth*" (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Arnold v. King-Emperor* (1914), 83 L.J.P.C. 299; décision mentionnée: *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203.

Les juges Spence, Dickson et Estey, *dissidents*: La défense de commentaire loyal donne gain de cause au défendeur s'il démontre que le commentaire était objectivement loyal et que le demandeur n'établit pas la malice du défendeur concerné. Ces principes de droit s'appliquent de la même façon à tous les défendeurs; il n'est pas nécessaire d'appliquer aux journaux une règle moins stricte ou différente. Compte tenu des faits de l'espèce, il est clair également que, selon les principes énoncés, le juge de première instance aurait dû soumettre au jury la question du commentaire loyal.

Jurisprudence: décisions examinées: *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph Ltd.*, [1943] 2 All E.R. 316; *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 497; décisions mentionnées: *Sim v. Stretch* (1936), 52 T.L.R. 669; *O'Brien v. Clement* (1846), 15 M. & W. 435; *Merivale*

Bradbury, Agnew & Co. (1906), 75 L.J.K.B. 726; *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449; *Adams v. Sunday Pictorial Newspapers (1920) Ltd. and Champion*, [1951] 1 K.B. 354; *Lyle-Samuel v. Odhams Ltd.*, [1920] 1 K.B. 135; *Hennessy v. Wright* (1888), 4 T.L.R. 574; *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 2 All E.R. 516; *Bulletin Co. Ltd. v. Sheppard* (1917), 55 S.C.R. 454; *Winnipeg Steel Granary and Culvert Co. v. Canada Ingot Iron Culvert Co.* (1912), 3 W.W.R. 356, *Stopes v. Sutherland*, [1925] A.C. 47; *Egger v. Viscount Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248, referred to.

As to whether the statements were reasonably capable of being construed as comment, a statement that a person's attitude is "racist" or "unbecoming" is clearly capable of being classified as comment rather than fact. Certain facts forming the foundation of this opinion are of course implied but, where the main thrust of the statement is capable of being construed as opinion, it is up to the jury to determine just what is actually opinion.

With respect to the question whether the statements were capable of defaming the appellant directly, and by innuendo, in his capacity as a lawyer, the issue of law is whether the statement is capable of this construction, as it is a question for the jury whether in fact it is. This question was properly put to the jury. Everyone who is an alderman has another occupation. The fact that a statement says that he should carry these qualities into his public duties does not suddenly rob the statement of its quality of being in a matter of public interest. The fact that a statement about a person's work as a public official, or his position on a public matter, reflects on himself as a private individual does not mean that the statement is not one on a matter of public interest. Such statements will generally reflect on the individual in several aspects. Even if the statement defamed the appellant by innuendo, the respondents still have a defence if the statement was fair comment on a matter of public interest.

As to whether the statements were on a matter of public interest so as to be capable of protection as being fair comment, the statements in question concerned the appellant's opposition as an alderman to the establishment of an alcohol centre for native people. It stated that certain aspects of the position he took were incorrect interpretations of the operation of zoning legislation, particularly with respect to the onus of proof that the existing use is permitted or forbidden. In effect, it stated that his position was inconsistent with that which a person with legal training should, in the opinion of the writers, take toward this issue. The important point is

v. Carson (1887), 20 Q.B.D. 275; *Thomas v. Bradbury, Agnew & Co.* (1906), 75 L.J.K.B. 726; *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449; *Adams v. Sunday Pictorial Newspapers (1920) Ltd. and Champion*, [1951] 1 K.B. 354; *Lyle-Samuel v. Odhams Ltd.*, [1920] 1 K.B. 135; *Hennessy v. Wright* (1888), 4 T.L.R. 574; *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 2 All E.R. 516; *Bulletin Co. Ltd. v. Sheppard* (1917), 55 R.C.S. 454; *Winnipeg Steel Granary and Culvert Co. v. Canada Ingot Iron Culvert Co.* (1912), 3 W.W.R. 356; *Stopes v. Sutherland*, [1925] A.C. 47; *Egger v. Viscount Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248.

Quant à savoir si les déclarations pouvaient raisonnablement être qualifiées de commentaires, affirmer que l'attitude d'une personne est «raciste» ou «indigne» est clairement plus un commentaire qu'un fait. Certains faits étayant cette opinion sont naturellement implicites, mais lorsque l'essentiel de la déclaration peut être qualifié d'opinion, il revient au jury de déterminer ce qui constitue réellement une opinion.

En ce qui concerne la question de savoir si les déclarations étaient susceptibles de diffamer l'appelant, directement et par insinuation, en sa qualité d'avocat, la question de droit est de savoir si l'affirmation est susceptible de pareille interprétation et il incombe au jury d'y répondre. Cette question lui a été posée à bon droit. Le conseiller municipal a toujours une autre occupation. Le fait qu'une déclaration précise qu'il doit user de ses qualifications dans l'exercice de ses fonctions publiques ne lui enlève pas subitement son caractère de question d'intérêt public. La personne visée subit généralement les contre-coups de pareilles déclarations. Même si elle diffame l'appelant par insinuation, les intimés disposent d'un moyen de défense si la déclaration constitue un commentaire loyal sur une question d'intérêt public.

Quant à savoir si les déclarations portent sur une question d'intérêt public et bénéficient à ce titre de la protection accordée au commentaire loyal, elles se rapportent à l'opposition de l'appelant, en tant que conseiller municipal, à l'implantation d'un centre pour les autochtones alcooliques. La lettre affirme que certains aspects de la thèse qu'il défend constituent une interprétation erronée de l'effet des règlements de zonage, particulièrement sur le fardeau de prouver si l'usage existant est permis ou interdit. En effet, elle affirme que son opinion était incompatible avec celle qu'aurait dû adopter, selon les auteurs, une personne ayant une formation

that the statement was a comment on the proposed alcohol centre. This is a matter of undoubted public interest, whether the statement is that the plaintiff should not be making certain remarks as a lawyer, priest, or whatever. The question of whether a comment is one on a matter of public interest must be clearly distinguished from the question of whether it is defamatory. The statement here may well be defamatory (again a question for the jury) but, even if it is defamatory, it is not actionable if the person publishing the statement has a good defence such as fair comment.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, allowing an appeal from a judgment rendered at trial by MacPherson J. sitting with a jury and ordering a new trial of an action for libel brought by the appellant against the respondents. Appeal allowed, Spence, Dickson and Estey JJ. dissenting.

D. E. Gauley, Q.C., and P. Foley, for the plaintiff, appellant.

R. H. McKercher, Q.C., and N. G. Gabrielson, for the defendants, respondents.

The Chief Justice and Beetz J. concurred with the judgment delivered by

MARTLAND J.—The facts which give rise to the present appeal are stated in the reasons of my brothers Ritchie and Dickson. I agree with the disposition of the appeal proposed by the former. I wish to comment on one of the grounds which he adopts for allowing the appeal which I consider to be sufficient to dispose of the matter.

The issue before this Court is as to whether the judge at trial erred in taking away from the jury the defence of fair comment. Before doing so, the trial judge discussed the matter with counsel and stated his reasons for taking this course. They are as follows, and I agree with them:

It is, of course, the burden of the defendant to prove this defence and it does not arise until after the jury has found the words complained of to apply to the plaintiff and that they are defamatory of him.

¹ [1977] 5 W.W.R. 155, 79 D.L.R. (3d) 180.

juridique. L'important est que la déclaration constitue un commentaire sur le centre projeté. Ceci est sans aucun doute une question d'intérêt public, même si la déclaration porte que le demandeur n'aurait pas dû faire certaines remarques en tant qu'avocat, prêtre ou autre. La question de savoir si un commentaire porte sur une question d'intérêt public doit être clairement différenciée de celle de savoir s'il est diffamatoire. La déclaration en cause peut très bien être diffamatoire (question qui relève aussi du jury), mais, si elle l'est, elle n'est pas passible de poursuite si la personne qui la publie peut invoquer la défense de commentaire loyal.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹, qui a accueilli un pourvoi d'un jugement rendu en première instance par le juge MacPherson siégeant avec jury et ordonné un nouveau procès de l'action en libelle intentée par l'appelant contre les intimés. Pourvoi accueilli, les juges Spence, Dickson et Estey étant dissidents.

D. E. Gauley, c.r., et P. Foley, pour le demandeur, appelant.

R. H. McKercher, c.r., et N. G. Gabrielson, pour les défendeurs, intimés.

Le Juge en chef et le juge Beetz souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les faits qui ont donné naissance au présent pourvoi sont exposés dans les motifs de jugement de mes collègues les juges Ritchie et Dickson. Comme le premier, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Je désire cependant faire des observations sur un des motifs qu'il adopte pour accueillir le pourvoi et qui, à mon avis, suffit pour trancher le litige.

Cette Cour doit déterminer si au procès le juge a erré en ne soumettant pas au jury la défense de commentaire loyal. Avant de prendre cette décision, le juge du procès a discuté de la question avec les avocats; il a justifié sa décision en des termes auxquels je souscris:

[TRADUCTION] Il incombe au défendeur de faire la preuve de cette défense, mais elle n'entre en jeu que lorsque le jury a statué que les mots contestés visent le demandeur et le diffament.

¹ [1977] 5 W.W.R. 155, 79 D.L.R. (3d) 180.

I shall not try to decide whether if the opinion of the writers of the letter is honest and sincere that this fact absolves the publisher or the editor of the paper from a similar opinion. In the present trial that is not necessary because here there is no evidence that the offending words, if they are in fact defamatory of the plaintiff, which is a matter for the jury—there is no evidence that those words express the honest opinion of anyone, either the writers of the letter or of anyone on the editorial staff of the Star-Phoenix or its publisher. The evidence seems to be that the defendants had a contrary opinion or none at all. Without such honest opinion I cannot tell the jury that the defence of fair comment is available to the defendant.

I thought I had better put that on the record, gentlemen, so that my position is clear and the reason for my ruling is clear.

The reason for the existence of the defence of fair comment in a suit for defamation, and the nature of that defence, are stated in *Salmond on Torts*, 17th ed., p. 180, as follows:

A fair comment on a matter which is of public interest or is submitted to public criticism is not actionable. This right is one of the aspects of the fundamental principle of freedom of expression, and the courts are zealous to preserve it unimpaired. It must not be whittled down by legal refinements. The jury are the guardians of the freedom of public comment as well as of private character. It is only on the strongest grounds that a court will set aside a verdict for a defendant when fair comment is pleaded.

Comment or criticism must be carefully distinguished from a statement of fact. The former is not actionable if it relates to a matter which is of public interest; the latter is actionable, even though the facts so stated would, if true, have possessed the greatest public interest and importance. Comment or criticism is essentially a statement of opinion as to the estimate to be formed of a man's writings or actions. Being therefore a mere matter of opinion, and so incapable of definite proof, he who expresses it is not called upon by the law to justify it as being true, but is allowed to express it, even though others disagree with it, provided that it is honest.

Freedom to express an opinion on a matter of public interest is protected, but such protection is afforded only when the opinion represents the honest expression of the view of the person who

Je n'essaierai pas de décider si le fait que l'opinion des auteurs de la lettre soit honnête et sincère dégage l'éditeur ou le rédacteur du journal de toute responsabilité à l'égard d'une telle opinion. Ce n'est pas nécessaire en l'espèce car aucune preuve n'établit que les mots offensants, s'ils diffament effectivement le demandeur, question qui relève du jury—aucune preuve n'établit que ces mots constituent l'opinion honnête de qui que ce soit, ni des auteurs de la lettre, ni d'un membre de la rédaction de The Star-Phoenix, ni de son éditeur. La preuve semble établir que les défendeurs étaient d'avis contraire ou n'avaient aucune opinion à ce sujet. C'est pourquoi je ne peux dire au jury que la défenderesse peut invoquer en défense le commentaire loyal.

J'ai pensé, messieurs, qu'il était préférable de consigner cela puisque ma position est claire et que le motif de ma décision l'est aussi.

Dans *Salmond on Torts*, 17^e éd., p. 180, on explique l'origine de la défense de commentaire loyal dans une poursuite en diffamation et la nature de cette défense:

[TRADUCTION] Un commentaire loyal sur une question qui est d'intérêt public ou qui est soumise à la critique du public n'est pas passible de poursuite. Ce droit est un des aspects du principe fondamental de la liberté d'expression et les tribunaux veillent avec zèle à le conserver intact. Il ne doit pas être rogné par des subtilités juridiques. Le jury est le gardien de la liberté de faire des commentaires aussi bien de nature publique que privée. Une cour n'infirmes un verdict favorable au défendeur qui a plaidé le commentaire loyal que si elle a des motifs très puissants de le faire.

Il faut faire la distinction claire entre un commentaire ou une critique et un énoncé de fait. Le premier n'est pas passible de poursuite s'il porte sur une question d'intérêt public; le second est passible de poursuite même si les faits énoncés, s'ils sont véridiques, auraient été du plus haut intérêt et de la plus grande importance pour le public. Le commentaire ou la critique est essentiellement un jugement de valeur sur les écrits ou les actions d'une personne. Puisqu'il s'agit d'une simple question d'opinion, qui ne peut donc faire l'objet d'une preuve précise, celui qui l'émet n'est pas tenu en droit d'en prouver la véracité, mais il peut l'exprimer, même si d'autres personnes ne sont pas d'accord, à la condition que cette opinion soit honnête.

La liberté d'exprimer une opinion sur une question d'intérêt public bénéficie d'une protection, mais celle-ci entre uniquement en jeu lorsque l'opinion constitue l'expression honnête du point de vue

expresses it. This requirement is stated in the passage quoted above. *Gatley on Libel and Slander*, 7th ed., p. 308, says:

Comment must be published honestly in that it is the expression of the defendant's real opinion.

A clear statement of the nature of the defence of fair comment is found in the summing up to the jury of Diplock J., (as he then was) in the case of *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*², at p. 747:

I have been referring, and counsel in their speeches to you have been referring, to fair comment, because that is the technical name which is given to this defence, or, as I should prefer to say, which is given to the right of every citizen to comment on matters of public interest. But the expression "fair comment" is a little misleading. It may give you the impression that you, the jury, have to decide whether you agree with the comment, whether you think it is fair. If that were the question you had to decide, you realize that the limits of freedom which the law allows would be greatly curtailed. People are entitled to hold and to express freely on matters of public interest strong views, views which some of you, or indeed all of you, may think are exaggerated, obstinate or prejudiced, provided—and this is the important thing—that they are views which they honestly hold. The basis of our public life is that the crank, the enthusiast, may say what he honestly thinks just as much as the reasonable man or woman who sits on a jury, and it would be a sad day for freedom of speech in this country if a jury were to apply the test of whether it agrees with the comment instead of applying the true test: was this an opinion, however exaggerated, obstinate or prejudiced, which was honestly held by the writer?

My brother Ritchie has referred to other authorities which are to the same effect, namely, that a defence of fair comment is dependent upon the fact that the words in issue represent an honest expression of the real view of the person making the comment.

In the present case, the corporate defendant is the owner and publisher of *The Star-Phoenix*, a Saskatoon newspaper in which the words complained of were published, and the respondent,

² [1958] 1 W.L.R. 743.

de la personne qui l'émet. Cette exigence est énoncée dans l'extrait précité. Dans *Gatley on Libel and Slander*, 7^e éd., p. 308, on lit:

[TRADUCTION] Le commentaire doit être publié honnêtement, c'est-à-dire qu'il doit être l'expression de l'opinion véritable du défendeur.

Dans l'affaire *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*², on trouve, dans l'exposé au jury du juge Diplock (tel était alors son titre), un énoncé clair de la nature de la défense de commentaire loyal (à la p. 747):

[TRADUCTION] Je vous ai parlé du commentaire loyal et les avocats ont fait de même dans leurs plaidoiries. C'est le nom technique donné à cette défense ou, comme je crois préférable de dire, le nom donné au droit de tout citoyen de faire des commentaires sur des questions d'intérêt public. Mais l'expression «commentaire loyal» peut induire en erreur. Elle peut vous laisser croire que vous, le jury, devez décider si vous êtes d'accord avec le commentaire, si vous l'estimez loyal. Si cette question était celle que vous devez trancher, vous vous rendez compte que la liberté juridiquement reconnue serait grandement amoindrie. Tout le monde a le droit de soutenir et d'exprimer librement des opinions arrêtées sur des questions d'intérêt public, des opinions que quelques-uns d'entre vous, ou même vous tous, peuvent juger extrêmes, exagérées ou empreintes de préjugés, pourvu—et c'est le point important—que ce soit une opinion avancée honnêtement. Le fondement de notre vie publique est que l'original, l'enthousiaste, peut dire ce qu'il pense honnêtement, au même titre que tout homme ou femme raisonnable qui siège comme juré, et la liberté d'expression dans ce pays sera en deuil le jour où un jury prendra comme critère son approbation du commentaire plutôt que d'appliquer le critère véritable: l'auteur exprime-t-il honnêtement son opinion, si extrême, exagérée ou empreinte de préjugés soit-elle?

Mon collègue le juge Ritchie a cité d'autres arrêts qui vont dans le même sens, savoir que la défense de commentaire loyal est subordonnée au fait que les mots en cause correspondent à l'expression honnête de la véritable opinion de leur auteur.

En l'espèce, la compagnie défenderesse est propriétaire et éditeur de *The Star-Phoenix*, un journal de Saskatoon qui a publié les mots contestés, et l'intimé King est le rédacteur de ce journal. Le

² [1958] 1 W.L.R. 743.

King, is the editor of that newspaper. The evidence of the officer produced for examination for discovery by the respondent company, and that of the respondent, King, make it clear that the letter complained of did not represent the honest expression of their real views.

The writers of the letter were not called to give evidence, and so there is no evidence to prove that the letter was an honest expression of their views. The only evidence we have is that the respondent, King, said, with reference to the writers of the letter, "we figured that was their opinion or their view or their observations".

This is not a sufficient basis to enable the respondents to rely upon the defence of fair comment. There is no evidence to show that the material published, which the jury found to be defamatory, represented the honest opinion of the writers of the letter, or that of the officers of the newspaper which published it. In these circumstances the trial judge was properly entitled to decide not to put the defence of fair comment to the jury.

The Chief Justice and Pigeon and Pratte JJ. concurred with the judgment delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought pursuant to leave granted by the Court of Appeal of Saskatchewan from a judgment of that Court setting aside a judgment rendered at trial by Mr. Justice MacPherson sitting with a jury and ordering a new trial of this libel action which was brought by the appellant, a practising lawyer and alderman of the Saskatoon City Council, as a result of a letter published in the correspondence column of *The Star-Phoenix* a newspaper published in Saskatoon, of which the respondent, Armadale Publishers Limited (hereinafter referred to as "Armadale") is the owner and publisher and the respondent Sterling King is the editor.

The facts giving rise to this litigation are accurately and fully stated in the dissenting judgment of Mr. Justice Brownridge in the Court of Appeal which is now conveniently reported at 79 D.L.R. (3d) 180 (hereinafter referred to as the "Report"), at pp. 183 *et seq.*, but in order to fully understand

témoignage du directeur produit à l'interrogatoire préalable par la compagnie défenderesse et celui de l'intimé King montrent clairement que la lettre en cause ne constitue par l'expression honnête de leur véritable point de vue.

Les auteurs de la lettre n'ont pas été appelés à témoigner, de sorte qu'aucune preuve n'établit que la lettre constitue l'expression honnête de leur point de vue. La seule preuve que nous ayons est le témoignage de King qui a dit, au sujet des auteurs de la lettre, [TRADUCTION] «nous pensions que c'était leur opinion, leur point de vue ou leurs observations».

Ceci ne suffit pas pour permettre aux intimés de s'appuyer sur la défense de commentaire loyal. Aucune preuve ne démontre que le document publié, que le jury a jugé diffamatoire, constitue l'opinion honnête des auteurs de la lettre, ni celle des dirigeants du journal qui l'a publiée. Dans ces circonstances, le juge du procès pouvait décider à bon droit de ne pas soumettre au jury la défense de commentaire loyal.

Le Juge en chef et les juges Pigeon et Pratte souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE RITCHIE—Avec l'autorisation de la Cour d'appel de la Saskatchewan, pourvoi est interjeté de son arrêt qui a infirmé le jugement rendu en première instance par le juge MacPherson siégeant avec jury et ordonné le nouveau procès de la présente action en libelle que l'appellant, avocat et conseiller municipal de Saskatoon, a intentée à la suite de la publication d'une lettre sous la rubrique des lettres des lecteurs dans *The Star-Phoenix*, un journal de Saskatoon. L'intimée Armadale Publishers Limited (ci-après appelée «Armadale») en est le propriétaire et éditeur et l'intimé Sterling King en est le rédacteur.

Dans sa dissidence en Cour d'appel, le juge Brownridge a relaté avec précision tous les faits qui ont donné naissance au présent litige; l'arrêt de la Cour d'appel est commodément publié à 79 D.L.R. (3d) 180 (ci-après appelé le «recueil»), aux pp. 183 *et suiv.* Toutefois, afin de bien cerner les

the questions to which this appeal gives rise it will be necessary for me to summarize them briefly.

The alleged libel of which the appellant complains is contained in a letter written to The Star-Phoenix by two law students concerning a petition which was presented to the Saskatoon City Council and which was apparently drafted with the assistance of the appellant. The petition presented on behalf of fifty-four citizens was directed against the establishment of an Alcoholic Rehabilitation Centre in what was alleged to be a residential section of Saskatoon and the report of its presentation to Council as published in The Star-Phoenix referred in particular to Indians and Metis whose use of the centre was alleged to be detrimental to the area. In this regard Mr. Yaworski, who presented the petition, was reported as saying that the establishment of the centre was going to turn the area into "an Indian and Metis ghetto".

The only express reference made to the appellant in this report was contained in the last paragraph reading:

Ald. Morris Cherneskey told council he did not think the zoning laws of the area envisioned 15 people living in one place, and until it is fully clarified it should not operate as an alcoholic rehabilitation centre when the citizens of the neighborhood are concerned.

Having read this article, the two law students proceeded to write a letter to The Star-Phoenix which was published in a column headed "Editor's Letter Box" at the foot of which the following statement was printed:

Letter writers are requested to provide addresses and phone numbers to allow checking for authenticity and accuracy. Letters must be signed—no pseudonyms will be published. All are subject to editing for length, general interest, grammar, style and good taste. Letters under 250 words are preferred. (Emphasis added.)

In his charge to the jury, the learned trial judge touched on this phase of the matter saying:

The Star-Phoenix, as the evidence indicates has a right to decline to publish. They chose to publish and they, as

questions soulevées par le présent pourvoi, j'estime nécessaire de résumer brièvement les faits.

Le prétendu libelle dont se plaint l'appelant vient d'une lettre adressée à The Star-Phoenix par deux étudiantes en droit par suite d'une pétition présentée au conseil municipal de Saskatoon et apparemment rédigée avec l'aide de l'appelant. La pétition, présentée au nom de cinquante-quatre citoyens, s'oppose à l'implantation d'un centre de réadaptation pour alcooliques dans un quartier dit résidentiel de Saskatoon. Le compte rendu de la présentation de cette pétition au conseil, publié dans The Star-Phoenix, mentionne en particulier qu'en attirant des Indiens et des Métis, le centre serait préjudiciable au quartier. A cet égard, le compte rendu rapporte que M. Yaworski, qui a présenté la pétition, avait dit que l'implantation du centre allait transformer le quartier en [TRADUCTION] «un ghetto indien et métis».

Ce compte rendu ne mentionne expressément l'appelant qu'au dernier alinéa, que voici:

[TRADUCTION] Le conseiller municipal Morris Cherneskey a dit au conseil qu'à sa connaissance, les règlements de zonage du quartier n'autorisent pas la cohabitation de quinze personnes dans la même maison et que celle-ci ne devrait pas servir de centre de réadaptation pour alcooliques, tant qu'on n'aura pas tiré au clair cette question, vu les réserves des habitants du quartier.

Après avoir lu cet article, deux étudiantes en droit ont écrit à The Star-Phoenix une lettre qu'il a publiée sous sa rubrique [TRADUCTION] «Lettres au rédacteur» qui se termine par la note suivante:

[TRADUCTION] L'auteur d'une lettre doit inscrire son adresse et son numéro de téléphone au cas où il serait nécessaire d'en vérifier l'authenticité et l'exactitude. Les lettres doivent être signées—aucun pseudonyme ne sera publié. La direction se réserve le droit d'approuver la longueur, l'intérêt général, la grammaire, le style et le bon goût de chaque lettre. Priorité sera accordée aux lettres de moins de 250 mots. (C'est moi qui souligne.)

Dans son exposé au jury, le savant juge de première instance a abordé cet aspect du problème en ces termes:

[TRADUCTION] La preuve indique que The Star-Phoenix peut refuser de publier une lettre. Il a choisi de la

they indicated, have a right to insist upon their right to edit. That's their privilege naturally.

The letter complained of was itself headed "Racist Attitude" and it is reproduced in full at pp. 183 and 184 of the D.L.R. Report, but the real sting of the language complained of is contained in the last three paragraphs which read:

As a law student and an articling law student, we are appalled by the stance adopted by Alderman Cherneskey, himself a lawyer. We appreciate his sympathy with the concerns of certain members of the white community; however, we thoroughly disagree with his contention the centre should cease its operation until such time as the application of the relevant zoning bylaw has been clarified. We feel this situation is not unlike that of a man charged with a criminal offence. Such a man is deemed innocent until proven guilty.

That Alderman Cherneskey should imply the onus is upon those operating the centre to establish their right to remain in the neighborhood until further clarification, is abhorrent to all concepts of the law. At the very least, it flies flagrantly in the face of the principles of natural justice. It is unbecoming a member of the legal profession to adopt such an approach.

Although we do not reside in the particular neighborhood in question, we would have no objection whatsoever to such a centre operating in our neighborhood. We entirely support the project initiated by Clarence Trotchie and hope the racist resistance exhibited will be replaced by the support and encouragement which the project deserves.

In the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal, Mr. Justice Brownridge points out that:

Prior to the trial the defendants sought leave to join as third parties the two authors of the offending letter but this application was refused on appeal. . . At the trial it was agreed by counsel that both letter writers were out of the jurisdiction and neither was called as a witness. (Emphasis added.)

By his statement of claim the appellant claimed damages for defamation of his personal character in relation to his profession and in his office as an

publier et, comme on l'a dit, il pouvait faire valoir son droit de mise au point. C'est, bien sûr, son privilège.

La lettre en cause était coiffée du titre [TRANSDUCTION] «Attitude raciste» et est reproduite en entier aux pp. 183 et 184 du Dominion Law report, mais on trouve le véritable langage caustique qui fait l'objet de la plainte dans les trois derniers alinéas:

[TRANSDUCTION] A titre d'étudiante en droit d'une part et de stagiaire d'autre part, nous ne pouvons qu'être consternées par la position prise par le conseiller municipal Cherneskey, lui-même avocat. Nous comprenons qu'il partage les inquiétudes de certains membres de la communauté blanche; nous sommes cependant en profond désaccord avec son affirmation que le centre doit cesser ses activités jusqu'à ce qu'on ait déterminé la portée du règlement de zonage pertinent. A notre avis, cette situation s'apparente à celle d'une personne accusée d'une infraction criminelle. Elle est réputée innocente jusqu'à preuve de sa culpabilité.

Le conseiller Cherneskey donne à entendre qu'il incombe aux responsables du centre de prouver qu'ils ont le droit de rester dans le quartier jusqu'à ce que la lumière soit faite sur cette question, ce qui est contraire à tous les principes de droit. C'est pour le moins une entorse flagrante aux principes de justice naturelle. Cette façon de présenter les choses est indigne d'un avocat.

Nous ne résidons pas dans le quartier en cause mais nous ne nous opposerions en aucune façon à l'implantation d'un tel centre dans le nôtre. Nous appuyons entièrement le projet lancé par Clarence Trotchie et nous espérons que la résistance empreinte de racisme qui s'est manifestée fera place au soutien et à l'encouragement que ce projet mérite.

Dans ses motifs de jugement, le juge Brownridge de la Cour d'appel a souligné que:

[TRANSDUCTION] Avant le procès, les défendeurs ont demandé la mise en cause des deux auteurs de la lettre, mais cette demande a été rejetée en appel: . . . Au procès, les avocats ont admis que les deux auteurs de la lettre échappaient à la compétence de la Cour et elles n'ont pas été citées comme témoin. (C'est moi qui souligne.)

Dans sa déclaration, l'appelant réclame des dommages-intérêts pour diffamation quant à sa réputation professionnelle et à ses fonctions de

alderman and by para. 8 made the following general claim:

The plaintiff further says that the said heading and letter as a whole would tend to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally and the citizens of Saskatoon in particular and that the words are defamatory.

By their joint defence the defendants pleaded:

8. In so far as the said letter, exclusive of the said heading, set out in paragraph 3 of the Statement of Claim consists of statements of fact they are true in substance and in fact and in so far as the said words consist of expressions of opinion, they are fair and bona fide comment made without malice upon the said facts which are a matter of public interest.

9. The publication of the said letter was an occasion of qualified privilege.

The plaintiff's reply is phrased in the following terms:

REPLY

In answer to the Defendant's Statement of Defence wherein they plead fair comment and qualified privilege, which is not admitted but denied, the Plaintiff says that the heading and the letter were published with express malice and joins issue.

The questions put to the jury by the learned trial judge and their answers are as follows:

1. Would a reasonably minded reader imply that the words 'racist attitude' in the heading over the letter refer to the plaintiff?

Answer: No.

2. If your answer to question number 1 is yes, then are those words defamatory?

Answer: Not applicable.

3. Would a reasonably minded reader imply that the words 'racist resistance' in the last sentence of the letter refer to the plaintiff?

Answer: Yes.

4. If your answer to number 3 is yes, then are those words defamatory?

Answer: Yes.

5. Do the words in the fourth and fifth paragraphs of the letter directly or by innuendo defame the plaintiff as Alderman?

Answer: Yes.

conseiller municipal. Le paragraphe 8 contient la réclamation générale suivante:

[TRADUCTION] Le demandeur déclare en outre que le titre et la lettre dans son ensemble tendent à ternir sa réputation aux yeux des membres bien pensants de la société en général et des citoyens de Saskatoon en particulier et que les termes utilisés sont diffamatoires.

Dans leur défense conjointe, les défendeurs ont plaidé que:

[TRADUCTION] 8. A l'exclusion du titre, dans la mesure où la lettre citée au paragraphe 3 de la déclaration contient des déclarations de fait qui sont vraies en substance et en fait et où les mots utilisés sont l'expression d'une opinion, ils constituent un commentaire loyal fait de bonne foi, exempt de malice, sur des faits qui sont d'intérêt public.

9. La publication de cette lettre est protégée par une immunité relative.

La réplique du demandeur est rédigée en ces termes:

[TRADUCTION] RÉPLIQUE

Les défendeurs plaident le commentaire loyal et l'immunité relative. En réponse, le demandeur conteste ces deux points et dit que le titre et la lettre ont été publiés avec une malice expresse. La contestation est liée.

Voici les questions posées au jury et ses réponses:

[TRADUCTION] 1. Un lecteur raisonnable supposerait-il que le titre «Attitude raciste» qui accompagne la lettre se réfère au demandeur?

Réponse: Non.

2. Si vous répondez oui à la première question, ces mots sont-ils diffamatoires?

Réponse: Sans objet.

3. Un lecteur raisonnable supposerait-il que les mots «résistance empreinte de racisme», à la dernière phrase de la lettre, se rapportent au demandeur?

Réponse: Oui.

4. Si vous répondez oui à la troisième question, ces mots sont-ils diffamatoires?

Réponse: Oui.

5. Les quatrième et cinquième alinéas de la lettre diffament-ils directement ou par insinuation le demandeur en tant que conseiller municipal?

Réponse: Oui.

6. Do the words in the fourth and fifth paragraphs of the letter directly or by innuendo defame the plaintiff as a lawyer?

Answer: Yes.

7. If you have answered yes to questions 2, 4, 5 and 6 or any one or more of them, what damages do you award the plaintiff?

Answer: \$25,000. & costs.

I think it convenient at this stage to say that I am in agreement with Mr. Justice Brownridge, for the reasons which he has stated at p. 187 of the Report, that the defence of qualified privilege is not available to the defendants in the present case. This view was adopted by Mr. Justice Bayda who observed at p. 196:

I have read the reasons for judgment of my brother Brownridge, and respectfully agree that for reasons similar to those expressed by the Supreme Court of Canada, in *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 D.L.R. 657, [1952] 1 S.C.R. 275; *Globe and Mail Ltd. v. Boland* (1960), 22 D.L.R. (2d) 277, [1960] S.C.R. 203, and *Jones v. Bennett* (1968), 2 D.L.R. (3d) 291, [1969] S.C.R. 277, 66 W.W.R. 419, the defence of qualified privilege is not available to the defendants in the present case. I also agree with the conclusions reached by him in respect of the other grounds of appeal, save the ground involving the plea of fair comment. In that regard, I have reached the opposite conclusion, namely, that the learned trial Judge should not have taken away from the jury the defence of fair comment.

Mr. Justice Brownridge found no merit in "the other grounds of appeal" and Mr. Justice Hall stated at the opening of his reasons for judgment:

The significant ground of appeal is that which alleges error by the trial Judge in refusing to put to the jury the defence of fair comment.

It is thus apparent that all members of the Court of Appeal were concerned only with the complaint that the trial judge had erred in taking the defence of fair comment away from the jury and this was the main issue presented in this Court.

In the present case the plaintiff's (appellant's) plea that the words used in the letter are defamatory is couched in language which has long been accepted as giving rise, upon publication, to an

6. Les quatrième et cinquième alinéas de la lettre diffament-ils directement ou par insinuation le demandeur en tant qu'avocat?

Réponse: Oui.

7. Si vous répondez oui aux questions 2, 4, 5 et 6 ou à l'une ou plusieurs d'entre elles, quel montant de dommages-intérêts accordez-vous au demandeur?

Réponse: \$25,000 et les dépens.

Il convient dès à présent de noter que je suis d'accord pour dire avec le juge Brownridge, pour les motifs qu'il a énoncés à la p. 187 du recueil, que les défendeurs ne peuvent invoquer en l'espèce l'immunité relative. Le juge Bayda a souscrit en ces termes à ce point de vue (à la p. 196):

[TRADUCTION] J'ai lu les motifs de jugement de mon collègue le juge Brownridge et je conviens, avec égards, que, pour les motifs énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 D.L.R. 657, [1952] 1 R.C.S. 275; *Globe and Mail Ltd. c. Boland* (1960), 22 D.L.R. (2d) 277, [1960] R.C.S. 203 et *Jones c. Bennett* (1968), 2 D.L.R. (3d) 291, [1969] R.C.S. 277, 66 W.W.R. 419, les défendeurs ne peuvent invoquer dans ce cas-ci l'immunité relative. Je me rallie également à ses conclusions quant aux autres moyens d'appel, excepté celui fondé sur le commentaire loyal. Sur ce point, je suis arrivé à la conclusion contraire, savoir, que le savant juge de première instance n'aurait pas dû soustraire au jury la défense fondée sur le commentaire loyal.

Le juge Brownridge était d'avis que [TRADUCTION] «des autres moyens d'appel» n'étaient pas fondés et le juge Hall a dit, au début de ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Le motif d'appel important est celui qui allègue que le juge de première instance a erré en refusant de soumettre au jury la défense fondée sur le commentaire loyal.

Il est donc évident que tous les membres de la Cour d'appel n'ont examiné que la question de savoir si le juge de première instance avait erré en ne soumettant pas au jury la défense fondée sur le commentaire loyal et c'est la question principale soumise à cette Cour.

En l'espèce, l'allégation du demandeur (appellant) que les mots utilisés dans la lettre sont diffamatoires, repose sur des termes qui, selon une longue tradition, donnent ouverture, dès la publi-

action for defamation by the person to whom it refers. In this regard I refer to the following excerpt from *Gatley on Libel and Slander*, 7th ed, p. 5, para. 4, where he said:

Any imputation which may tend to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally or to expose him to hatred, contempt or ridicule is defamatory of him.

This language was in large measure adopted by the trial judge in addressing the jury.

Accordingly, as I agree with the trial judge that the words used are capable of being construed as tending to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally, a *prima facie* cause of action arises and in my view a plea of fair comment by way of defence does not of itself have the effect of saddling the plaintiff with the burden of proving that the comment was unfair. This plea constitutes a vital part of the case for the defendants and in my view the burden of proving each ingredient of the defence so pleaded should rest upon the party asserting it. One of these ingredients is that the person writing the material complained of must be shown to have had an honest belief in the opinions expressed and it will be seen that, in my view, the same considerations apply to each publisher of that material.

The question of burden of proof in such cases was considered by Lord Morris of Borth-y-Gest in *Jones v. Skelton*³, at p. 1379 where he said:

... if a defendant publishes of a plaintiff words which a jury might on the one hand hold to be fact or might on the other hand hold to be comment, and if a plaintiff does not accept that any of the words are true or does not accept that any of them are comment and if a defendant chooses to assert that some of the words are fair comment (made in good faith and without malice) on facts truly stated it must (assuming that the judge rules in regard to the public interest) be for the defendant to prove that which he asserts. If a plaintiff does not acknowledge that there are any words of comment and if the words are reasonably capable of being held by a jury to be statements of fact the plaintiff's overall burden of proving his case does not involve a duty of proving that comment (the existence of which he denies) is unfair.

³ [1963] 1 W.L.R. 1362.

cation, à un droit d'action en diffamation par la personne ainsi visée. Sur ce point, je cite l'extrait suivant de *Gatley on Libel and Slander*, 7^e éd., p. 5, par. 4:

[TRADUCTION] Toute allégation qui peut tendre à diminuer le demandeur dans l'estime des membres bien pensants de la société en général ou à l'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule, le diffame.

Le juge de première instance a adopté l'essentiel de cette définition dans son exposé au jury.

En conséquence, puisque je conviens avec le juge de première instance que les termes utilisés peuvent tendre à diminuer le demandeur dans l'estime des membres bien pensants de la société en général, il existe à première vue une cause d'action et, à mon avis, une défense fondée sur le commentaire loyal n'a pas en soit pour effet d'imposer au demandeur le fardeau de prouver que le commentaire était déloyal. La défense se fonde essentiellement sur ce moyen et, à mon avis, il incombe à la partie qui invoque un moyen de défense d'en prouver tous les éléments. Un d'eux est que l'auteur de l'article contesté croyait honnêtement en l'opinion exprimée et on verra qu'à mon avis, les mêmes considérations s'appliquent à l'éditeur de l'article.

Dans l'arrêt *Jones v. Skelton*³, lord Morris de Borth-y-Gest a examiné la question du fardeau de la preuve dans des cas de ce genre (à la p. 1379):

[TRADUCTION] ... si un défendeur publie au sujet d'un demandeur des propos qu'un jury pourrait considérer soit comme un fait, soit comme un commentaire et si le demandeur dénie tous ces propos ou n'admet pas qu'il s'agisse d'un commentaire, et si le défendeur décide de faire valoir que certains propos constituent un commentaire loyal (fait de bonne foi et sans malice) sur des faits fidèlement relatés (à supposer que le juge ait tranché la question de l'intérêt public), il incombe au défendeur de prouver ce qu'il allègue. Si un demandeur ne reconnaît pas que certains propos constituent un commentaire et si un jury peut raisonnablement juger qu'il s'agit d'imputations de fait, le fardeau général du demandeur de prouver sa cause n'implique pas l'obligation de prouver que le commentaire (dont il nie l'existence) est déloyal.

³ [1963] 1 W.L.R. 1362.

In commenting on this statement, Mr. Justice Bayda observed at p. 200 of the D.L.R. Report:

It is plain from these remarks (which I adopt as a correct statement of the law) that where the pleadings, as in the present case, disclose that the plaintiff does not acknowledge the words complained of are comments or opinions, but the defendants, in their pleadings, raise the issue of comment and of fairness of the comment, the onus is on the defendants to prove fair comment. The normal principle that he who asserts, must prove, applies. In such event (assuming the words complained of are capable of being a comment and further assuming that condition (b) mentioned above is not applicable as is the situation here), it is for the Judge to determine, as a matter of law, (1) whether there is any evidence of condition (a), that is, any evidence entitling the jury to find that the statements upon which the comments are based are true; and (2) whether there is any evidence of condition (c), *viz.*, the requirement of honesty. If he finds there is some evidence to support the finding that those conditions are met, he must place the defence of fair comment before the jury for their consideration (assuming that he has previously ruled that the element of public interest was proved). If, on the other hand, the trial Judge finds as a matter of law, that there is no evidence to support the presence of either of these two conditions, he should not put the defence of fair comment to the jury.

In cases where the essential ingredients of either the plea of "qualified privilege" or that of "fair comment" have been established by the defence, then if it can be proved that the statements complained of were made or written maliciously, the plea must fail; but in my view no burden lies upon the complainant to prove malice unless and until either plea has been shown to be supported by the evidence.

Here the plea of "express malice" was added midway through the evidence called on behalf of the plaintiff (appellant) and it is in my view important to appreciate that this allegation forms no part of the main case but is inserted entirely by way of answer to the respondents' claim of "qualified privilege" and "fair comment". As I have indicated, the defence of qualified privilege is not available to the defendants and the question of malice could only arise in the present case if there were some evidence to indicate that the comment complained of was otherwise fair and this cannot

Commentant cette affirmation, le juge Bayda a fait remarquer (D.L.R., p. 200):

[TRADUCTION] Ces remarques (que j'estime être un énoncé exact du droit) montrent clairement que lorsque les plaidoiries, comme en l'espèce, révèlent que le demandeur ne reconnaît pas que les propos contestés constituent un commentaire ou une opinion, mais que les défendeurs soulèvent en défense la question du commentaire et de sa loyauté, il incombe aux défendeurs de prouver qu'il s'agit d'un commentaire loyal. Le principe ordinaire voulant que celui qui s'applique. Dans ce cas (à supposer que les propos contestés constituent effectivement un commentaire et de plus que la condition b) susmentionnée ne s'applique pas comme c'est le cas ici), le juge doit déterminer en droit (1) si la condition a) est établie, c'est-à-dire s'il existe une preuve qui permette au jury de conclure que les affirmations sur lesquelles sont fondés les commentaires sont vraies; (2) si la condition c), soit l'honnêteté, est établie. S'il conclut qu'une preuve permet de dire que ces conditions sont remplies, il doit soumettre au jury la défense fondée sur le commentaire loyal pour que celui-ci l'examine (à supposer que le juge ait auparavant décidé que l'intérêt public a été prouvé). Si, par contre, le juge de première instance conclut en droit qu'aucune preuve n'étaye l'existence de l'une ou l'autre condition, il ne doit pas soumettre au jury la défense de commentaire loyal.

Lorsque la défense a établi les éléments essentiels de l'«immunité relative» ou du «commentaire loyal», ce moyen va échouer s'il est possible de prouver que les affirmations contestées ont été faites ou écrites avec malice; mais, à mon avis, le plaignant n'a pas à faire la preuve de la malice tant qu'il n'est pas démontré que l'un des moyens est étayé par la preuve.

En l'espèce, le demandeur n'a invoqué la «malice expresse» qu'à mi-chemin au cours de la présentation de sa preuve et, à mon avis, il est important de se rendre compte que cette allégation ne fait pas partie de la demande principale, mais qu'elle a été entièrement introduite en réplique à la défense des intimés qui invoquent l'«immunité relative» et le «commentaire loyal». Comme je l'ai dit, les défendeurs ne peuvent invoquer l'immunité relative et la question de la malice ne pouvait être soulevée en l'espèce que s'il existait une preuve qui montre que le commentaire contesté était par ailleurs loyal. Il

be said unless the opinions expressed are honestly held.

As I have already observed, it is an essential ingredient to the defence of fair comment that it must be the honest expression of the writer's opinion and in this regard I refer to the following statement made by Lord Porter in *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*⁴ at p. 462, where he said, commenting on the charge to the jury in that case where the defence was qualified privilege:

Its early words on this part of the case express exactly what the authorities convey. "Fair comment" (in effect the learned judge says) "has to be an honest expression of the real opinion of the defendants when they wrote it . . ." "Did they honestly and really think that she" (the appellant) "was completely out of touch with the tastes and entertainment requirements of the picture-going millions who are also radio listeners and that her criticisms are on the whole unnecessarily harmful to the film industry? Did they honestly hold that opinion and really believe it? If they did—then they were not abusing the occasion." Such a direction is, I think, entirely accurate and could not be attacked, and similar language is to be found in other parts of the summing-up. On the other hand, language of this kind is frequently interspersed with words which suggest that the criterion is whether fair-minded men could hold that view. Let me take one example only. It runs:

"First of all . . . do you think that a fair-minded man capable of impartial judgment of the plaintiff's (appellant's) talks . . . could come to that conclusion. Was there anything in them or in her conduct which would lead a fair man honestly to entertain the opinion that the defendants expressed in this letter?"

Similar observations appear throughout the summing-up and, undoubtedly, if they were found alone there would have been clear misdirection. It is said, however, in the first place, that, in his cross-examination and address, leading counsel for the respondents used the phrase and accepted the burden that fair-mindedness was required. I do not think that the record justifies this allegation, but if it did I should think it immaterial. Secondly, it is argued with more force that, when the summing-up is regarded as a whole, a jury would not be misled, but would rightly apprehend that honesty, not reasonable-

faut pour cela que les opinions exprimées soient honnêtes.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, un élément essentiel de la défense fondée sur le commentaire loyal est qu'il doit s'agir de l'expression honnête de l'opinion de l'auteur et, à cet égard, je cite la déclaration suivante de lord Porter dans l'arrêt *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*⁴ à propos de l'exposé fait au jury dans une affaire où l'immunité relative avait été invoquée en défense (à la p. 462):

[TRADUCTION] Ses premiers mots sur cette partie de l'affaire vont exactement dans le même sens que la jurisprudence. «Le commentaire loyal (a dit en fait le savant juge) doit constituer l'expression honnête de la véritable opinion de la défenderesse au moment de la rédaction . . .» «Celle-ci pensait-elle honnêtement et réellement qu'elle (l'appelante) n'avait aucune notion des goûts et des exigences de millions de cinéphiles également auditeurs de la radio et que ses critiques étaient dans leur ensemble inutilement préjudiciables à l'industrie du cinéma? Était-ce ce que l'intimée pensait honnêtement et réellement? Si c'était le cas, elle n'a pas abusé de la situation.» Selon moi, cet exposé est tout à fait juste et ne peut être attaqué; on trouve des propos semblables ailleurs dans les directives du juge au jury. D'autre part, des propos de ce genre sont souvent émaillés de termes qui laissent entendre que le critère à appliquer est de savoir si des personnes impartiales pourraient soutenir ce point de vue. J'en donne un seul exemple:

«D'abord, . . . pensez-vous qu'une personne impartiale, capable de juger objectivement les propos de la demanderesse (appelante), . . . aurait pu tirer cette conclusion? Y a-t-il quelque chose dans ses propos ou dans sa conduite qui aurait pu amener une personne impartiale à avoir l'opinion que la défenderesse a exprimé dans cette lettre?»

Des remarques de ce genre se répètent dans les directives et, si elles y étaient seules, il s'agirait clairement d'une erreur d'instruction. Mais on dit tout d'abord que l'avocat principal de l'intimée a utilisé l'expression en contre-interrogatoire et dans sa plaidoirie et a reconnu qu'il lui fallait en établir le caractère loyal. A mon avis le dossier n'étaye pas cette assertion, mais, même dans ce cas, elle ne serait pas pertinente. Deuxièmement, on prétend avec plus de vigueur que les directives prises globalement ne pouvaient induire un jury en erreur, mais pouvaient lui faire comprendre à bon droit que

⁴ [1950] 1 All E.R. 449.

⁴ [1950] 1 All E.R. 449.

ness, was the state of mind required. My Lords, I cannot take this view. I have read the summing-up as a whole more than once and I think a jury might well have come to the conclusion that both honesty and reasonableness were necessary and that the defendants were unreasonable and therefore malicious. It is, I think, difficult for the uninstructed mind to guard against such a misconception, and to my mind the clearest direction is necessary to the effect that irrationality, stupidity or obstinacy do not constitute malice, though in an extreme case they may be some evidence of it. The defendant, indeed, must honestly hold the opinion he expresses but no more is required of him.

In the same case Lord Oaksey stated at p. 475:

In the absence of any evidence that the respondents did not honestly hold the opinions expressed in their letter, I see no grounds on which they could be held to have exceeded the limits of fair comment.

After having heard lengthy argument as to whether or not this defence should be left to the jury in the present case, the trial judge made the following ruling:

I shall not try to decide whether if the opinion of the writers of the letter is honest and sincere that this fact absolves the publisher or the editor of the paper from a similar opinion. In the present trial that is not necessary because here there is no evidence that the offending words, if they are in fact defamatory of the plaintiff, which is a matter for the jury—there is no evidence that those words express the honest opinion of anyone, either the writers of the letter or of anyone on the editorial staff of the *Star-Phoenix* or its publisher. The evidence seems to be that the defendants had a contrary opinion or none at all. Without such honest opinion I cannot tell the jury that the defence of fair comment is available to the defendant.

Honesty of belief has been characterized by Lord Denning M.R., in *Slim et al. v. Daily Telegraph Ltd. et al.*⁵, at p. 503, as “the cardinal test” of the defence of fair comment, and in the context of the present case this must mean honesty of belief in the opinions expressed in the letter complained of.

It has long been established that the state of mind of the publisher of the alleged libel is directly in issue where there is a plea of fair comment. This

⁵ [1968] 1 All E.R. 497.

l'honnêteté et non le caractère raisonnable était requise. Vos Seigneuries, je ne peux accepter ce point de vue. J'ai lu l'ensemble des directives plusieurs fois et je crois qu'un jury aurait bien pu conclure que l'honnêteté et le caractère raisonnable étaient nécessaires et que la défenderesse était déraisonnable et donc malveillante. A mon avis, il est difficile de se prémunir contre pareille conception erronée et il est nécessaire que les directives du juge établissent le plus clairement possible que l'irrationalité, la stupidité ou l'entêtement n'équivalent pas à la malice, même si à la limite ils peuvent en constituer un élément. Le défendeur doit être honnête dans l'opinion qu'il exprime, mais on n'exige rien d'autre de lui.

Dans le même arrêt, lord Oaksey a dit, à la p. 475:

[TRADUCTION] En l'absence de toute preuve établissant que l'intimée n'avait pas honnêtement l'opinion exprimée dans sa lettre, je ne vois aucun motif de juger qu'elle a outrepassé les limites du commentaire loyal.

Après avoir entendu de longues plaidoiries sur la question de savoir si cette défense devait être soumise au jury en l'espèce, le juge de première instance a statué comme suit:

[TRADUCTION] Je n'essaierai pas de décider si le fait que l'opinion des auteurs de la lettre soit honnête et sincère dégage l'éditeur ou le rédacteur du journal de toute responsabilité à l'égard d'une telle opinion. Ce n'est pas nécessaire en l'espèce car aucune preuve n'établit que les mots offensants, s'ils diffament effectivement le demandeur, question qui relève du jury—aucune preuve n'établit que ces mots constituent l'opinion honnête de qui que ce soit, ni des auteurs de la lettre, ni d'un membre de la rédaction de *The Star-Phoenix*, ni de son éditeur. La preuve semble établir que les défendeurs étaient d'avis contraire ou n'avaient aucune opinion à ce sujet. C'est pourquoi je ne peux dire au jury que la défenderesse peut invoquer en défense le commentaire loyal.

Selon lord Denning, maître des rôles, dans l'arrêt *Slim et al. v. Daily Telegraph Ltd. et al.*⁵, à la p. 503, le «principal critère» du commentaire loyal est l'honnêteté de la conviction, ce qui veut dire en l'espèce l'honnêteté de l'opinion exprimée dans la lettre incriminée.

Il est admis depuis longtemps que l'état d'esprit de l'éditeur du prétendu libelle est directement en cause lorsqu'on invoque le commentaire loyal en

⁵ [1968] 1 All E.R. 497.

is illustrated in the case of *Plymouth Mutual Co-operative and Industrial Society Ltd. v. Traders' Publishing Association Ltd.*⁶, where the question was whether an interrogatory addressed to the state of mind of the defendant who had pleaded fair comment was admissible and after referring to the case of *White & Co. v. Credit Reform Association and Credit Index Ltd.*⁷, Vaughan Williams L.J. said, at p. 413:

It seems to me that that case shews that an interrogatory of this kind is just as relevant and admissible in a case where the defence is fair comment as in one where it is privilege. In either case the question raised is really as to the state of mind of the defendant when he published the alleged libel, the question being in the one case whether he published it in the spirit of malice, in the other whether he published it in the spirit of unfairness. In either case, I think such an interrogatory as the one now in question is admissible.

And later at p. 418 of the same report Fletcher-Moulton L.J. said:

... I am clear that, both in cases in which the defence of privilege and in those in which the defence of fair comment is set up, the state of mind of the defendant when he published the alleged libel is a matter directly in issue ...

Perhaps the most singular feature of the present case is that the state of mind of the defendants is established by their own evidence to the effect that they did not honestly hold the opinions expressed in the letter. This is illustrated by the following excerpt from the evidence of the defendants in relation to the comments complained of. Mr. R. Struthers, who was the executive vice-president of the defendant, Armadale, stated in the course of cross-examination as follows:

Q. But of course there is no question but what you do not believe Morris Cherneskey to be a racist?

A. No, I do not.

Q. You do not believe Morris Cherneskey to be a person with a racist attitude?

A. I do not believe him to be so.

Q. And in any capacity, as a lawyer, you don't believe him to be a lawyer with a racist attitude?

A. No.

Q. Or an alderman with a racist attitude?

A. No.

défense. C'est ce qu'illustre l'arrêt *Plymouth Mutual Co-operative and Industrial Society Ltd. v. Traders' Publishing Association Ltd.*⁶, où il s'agissait de savoir si un interrogatoire portant sur l'état d'esprit du défendeur qui avait plaidé le commentaire loyal était recevable; après avoir cité l'arrêt *White & Co. v. Credit Reform Association and Credit Index Ltd.*⁷, le lord juge Vaughan Williams dit (à la p. 413):

[TRADUCTION] Je crois que cet arrêt montre qu'un interrogatoire de ce genre est aussi pertinent et recevable dans le cas d'une défense fondée sur le commentaire loyal que sur l'immunité. Dans les deux cas, il s'agit en fait de déterminer l'état d'esprit du défendeur lorsqu'il a publié le prétendu libelle; dans un cas, il s'agit de savoir s'il l'a publié avec malice et dans l'autre, de mauvaise foi. Dans les deux cas, je crois qu'un interrogatoire comme celui présentement en cause est recevable.

Plus loin, à la p. 418 du même recueil, le lord juge Fletcher-Moulton a dit:

[TRADUCTION] Il me paraît évident que tant dans le cas où l'on invoque en défense l'immunité que dans celui où l'on invoque le commentaire loyal, l'état d'esprit du défendeur, lorsqu'il a publié le prétendu libelle, est une question directement en litige.

Le plus surprenant en l'espèce, c'est que l'état d'esprit des défendeurs est établi par leurs propres témoignages qui montrent que l'opinion exprimée dans la lettre n'était pas honnêtement la leur. L'extrait suivant de la preuve de la défense relativement aux commentaires contestés le démontre. Voici ce que M. R. Struthers, vice-président des services administratifs de la défenderesse Armadale, a déclaré en contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]Q. Il n'y a aucun doute que vous ne croyez pas que Morris Cherneskey soit raciste?

R. Non, je ne le crois pas.

Q. Vous ne croyez pas que Morris Cherneskey ait une attitude raciste?

R. Non je ne le crois pas.

Q. Et à tout autre titre, en tant qu'avocat, vous ne croyez pas qu'il ait une attitude raciste?

R. Non.

Q. Ou qu'en tant que conseiller municipal, il ait une attitude raciste?

R. Non.

⁶ [1906] 1 K.B. 403.

⁷ [1905] 1 K.B. 653.

⁶ [1906] 1 K.B. 403.

⁷ [1905] 1 K.B. 653.

The same witness had given the same answers when speaking as the officer examined for discovery on behalf of the defendant, Armadale.

The second defendant, Sterling King, who was the editor of *The Star-Phoenix*, stated that he had no opinion as to the approach of Cherneskey in relation to the white community in the area in question but it was his honest opinion that Cherneskey had a reputation for honesty and integrity as a lawyer and an alderman.

It will be remembered that Mr. Justice Bayda adopted the passage from the reasons for judgment of Lord Morris of Borth-y-Gest in *Jones v. Skelton* which I have already quoted and the reasons for judgment of Mr. Justice Brownridge and Mr. Justice Bayda both satisfy me that if the writers of the letter here in question had been the defendants in this action and had entered a plea of fair comment, both these judges would have found that the burden of proving honest belief in the opinions expressed rested upon the defence.

Mr. Justice Bayda, however, allowed this appeal on the ground that a newspaper in republishing defamatory opinions which do not reflect its honest opinion is nevertheless entitled to rely on the defence of fair comment on the ground that it honestly believed that those who wrote the letter were honestly expressing their true views. In this regard reliance is placed on the case of *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph, Ltd.*⁸ In that case the author, who had used a *nom de plume* and given a fictitious address, was never discovered and the newspaper therefore had no means of determining whether the views expressed were honestly held by the writer or not, but the defence of fair comment was upheld in the Court of Appeal where Scott L.J. said at p. 318:

There is no question but that the comment contained in the letter represented the honest opinion of the "Daily Telegraph"; and at the trial no doubt was cast upon the complete belief of the newspaper that they were publishing a letter in which the writer was making a fair comment on a matter of public interest.

⁸ [1943] 2 All E.R. 316.

En sa qualité de dirigeant de la défenderesse Armadale, ce témoin avait donné les mêmes réponses au cours de l'interrogatoire préalable.

Le second défendeur, Sterling King, qui était le rédacteur de *The Star-Phoenix*, a déclaré qu'il n'avait aucune opinion au sujet des vues de Cherneskey relativement à la communauté blanche du quartier en cause, mais qu'il avait la conviction que Cherneskey jouissait d'une réputation d'honnêteté et d'intégrité comme avocat et conseiller municipal.

On se rappellera que le juge Bayda s'est rallié aux motifs (précités) du jugement de lord Morris de Borth-y-Gest dans l'affaire *Jones v. Skelton*. De plus, les motifs de jugement des juges Brownridge et Bayda me convainquent que si les auteurs de la lettre en cause avaient été les défenderesses dans la présente action et avaient plaidé le commentaire loyal, ces deux juges auraient statué qu'il incombait à la défense de prouver une conviction honnête quant à l'opinion exprimée.

Le juge Bayda a cependant accueilli l'appel au motif qu'un journal qui a publié des opinions diffamatoires qui ne correspondent pas à son opinion honnête peut néanmoins invoquer le commentaire loyal en défense, s'il croyait honnêtement que les auteurs de la lettre exprimaient honnêtement leur véritable point de vue. A cet égard, il se fonde sur *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph, Ltd.*⁸ Dans cette affaire, l'auteur, qui avait utilisé un pseudonyme et donné une adresse fictive, n'avait jamais pu être identifié et le journal n'avait donc aucun moyen de déterminer si l'opinion exprimée était honnêtement celle de l'auteur; la Cour d'appel a toutefois admis la défense fondée sur le commentaire loyal et le lord juge Scott a dit (à la p. 318):

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le commentaire dans la lettre exprimait l'opinion honnête du «Daily Telegraph»; au procès, il ne fut aucunement mis en doute que le journal avait la conviction de publier une lettre dans laquelle l'auteur faisait un commentaire loyal sur une question d'intérêt public.

⁸ [1943] 2 All E.R. 316.

The obvious distinction between that case and the present one is that the letter complained of here did not express the honest opinion of The Star-Phoenix and there is no evidence that the views therein expressed were honestly held by the writers, but Scott L.J. later in the same judgment said at p. 319:

Although there is no direct authority, I think that the question of law is really implicit in the well-established rule that the publishers of a newspaper, when defendants in an action for libel, cannot, on the issue of fair comment, be required to disclose the source of their information. If the innocent state of mind of the writer of a letter published in the newspaper was a relevant fact, which had to be proved by him before his plea of fair comment could be established, it would go far towards justifying counsel's argument; but the very existence of the exceptional rule about interrogatories and discovery in the case of newspaper defendants seems to me to presuppose a rule of law that, at least in the absence of special circumstances (on the possibility of which I express no opinion), there is no such presumption or onus, and that fairness of the comment contained in the newspaper's correspondence columns must be judged by its tenor, subject only to the proviso that the statements of fact upon which the comment is based are not untrue.

This latter passage is primarily concerned with the rule that the publishers of a newspaper cannot be required to disclose their source of information, but the language employed in the last sentence might be construed as meaning that the fairness of the letter complained of is to be judged by its tenor which I construe as a suggestion that the language used in correspondence columns of a newspaper is to be judged according to whether there is anything in the letter in question which would lead a fair man honestly to share the opinion which the language conveyed. It is to be remembered that the judgment of the Court of Appeal in the *Lyon* case was rendered some seven years before the House of Lords decided the case of *Turner, supra*, and I do not think there is anything in the views expressed by Scott L.J. which can be taken as fixing any standard except honesty as the touchstone of the defence of fair comment. It is to be noted also that Scott L.J. limited his opinion to cases where there was "an absence of special

La distinction évidente entre cette affaire et la présente réside en ce que la lettre contestée en l'espèce ne reflète pas l'opinion honnête de The Star-Phoenix et qu'aucune preuve n'établit que les auteurs y exprimaient honnêtement leur opinion; plus loin dans le même jugement, le lord juge Scott a dit (à la p. 319):

[TRADUCTION] Bien qu'il n'y ait aucune jurisprudence directement sur ce point, j'estime que la question de droit est implicitement contenue dans la règle bien établie selon laquelle les éditeurs d'un journal, défendeurs dans une action en libelle, ne peuvent être tenus, sur la question de commentaire loyal, de révéler leur source de renseignements. Si l'innocence de l'état d'esprit de l'auteur d'une lettre publiée dans le journal était un fait pertinent, qu'il lui faudrait prouver avant d'établir le moyen fondé sur le commentaire loyal, l'argumentation de l'avocat serait solidement appuyée; mais l'existence même de l'exception pour les interrogatoires préalables des journaux défendeurs semble à mon avis présupposer l'existence d'une règle de droit voulant qu'au moins en l'absence de circonstances spéciales (je ne me prononce pas sur cette possibilité), il n'y ait aucun fardeau ou présomption de ce genre et que la loyauté du commentaire publié sous la rubrique des lettres au rédacteur d'un journal doit être évaluée en fonction de sa teneur, à la seule condition que les énoncés de fait sur lesquels le commentaire est fondé ne soient pas erronés.

Ce dernier extrait se rapporte principalement à la règle selon laquelle les éditeurs d'un journal ne peuvent être tenus de révéler leur source de renseignements, mais on peut interpréter la dernière phrase de façon à signifier que la loyauté de la lettre contestée doit être évaluée en fonction de sa teneur, ce qui signifie selon moi que, pour évaluer le langage utilisé dans la rubrique des lettres des lecteurs d'un journal, il faut se demander si quelque chose dans la lettre en question peut amener une personne impartiale à partager honnêtement l'opinion que le langage exprime. On doit se rappeler que l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Lyon* a été rendu environ sept ans avant celui de la Chambre des lords dans l'affaire *Turner*, précitée, et je crois que rien dans l'opinion exprimée par le lord juge Scott n'a pour effet de fixer un critère autre que l'honnêteté comme pierre de touche de la défense fondée sur le commentaire loyal. On doit noter également que le lord juge Scott a précisé que son opinion ne valait que [TRADUC-

circumstances" as to which he expressed no opinion. The opinion expressed therefore cannot be treated as including the special circumstances of the publisher and editor of the newspaper having stated affirmatively that the letter does not express their honest opinion.

Mr. Justice Bayda, however, expressed the following opinion:

Where, however, the defendant is a publisher of the impugned words and in particular is a newspaper which publishes in its letters-to-the-editor column a letter capable of being defamatory, what is the acceptable standard? It is indisputable that if such a newspaper honestly holds the opinions expressed in the impugned writing, and was not actuated by malice, then as in the case of the writer, condition (c) [honesty] would be satisfied (*Slim v. Daily Telegraph, Ltd., supra; Lyon and Lyon v. Daily Telegraph, Ltd., supra*). But is a different (I hesitate to say "lower") standard acceptable? Suppose the newspaper cannot be said to hold the opinions expressed in the impugned writing but honestly believes that they represent the real opinions of the writer (in other words, an honest belief that they were publishing a letter in which the writer was making a fair comment upon a matter of public interest) and, in addition, is not actuated by malice in publishing the letter, is that an acceptable state of mind for a plea of fair comment to succeed? I have concluded that it is.

This conclusion which lies at the very heart of this case, is based on an *obiter dictum* of Lord Denning in the case of *Slim v. Daily Telegraph, supra*, where, as in the *Lyon* case, it was found that the newspaper honestly held the views expressed and Lord Denning observed at p. 503:

... the right of fair comment is one of the essential elements which go to make up our freedom of speech. We must ever maintain this right intact. It must not be whittled down by legal refinements. When a citizen is troubled by things going wrong, he should be free to "write to the newspaper": and the newspaper should be free to publish his letter. It is often the only way to get things put right. The matter must, of course, be one of public interest. The writer must get his facts right: and he must honestly state his real opinion. But that being done, both he and the newspaper should be clear of any liability. They should not be deterred by fear of libel actions.

TION] «en l'absence de circonstances spéciales», sans se prononcer sur ce point. On ne peut donc considérer que l'opinion exprimée s'applique au cas particulier où l'éditeur et le rédacteur du journal déclarent effectivement que la lettre ne reflète pas leur opinion honnête.

Toutefois, le juge Bayda a exprimé l'avis suivant:

[TRADUCTION] Toutefois, lorsque le défendeur est l'éditeur des termes attaqués et, en particulier, est un journal qui publie sous sa rubrique des lettres au rédacteur une lettre qui peut être diffamatoire, quel critère faut-il adopter? Il est incontestable que si un journal partage honnêtement les opinions exprimées dans l'écrit attaqué et n'était pas animé par la malice, la condition c) [honnêteté] est remplie, comme dans le cas de l'auteur. (*Slim v. Daily Telegraph, Ltd., précité; Lyon and Lyon v. Daily Telegraph, Ltd., précité*.) Mais peut-on adopter un autre critère (j'hésite à dire «moins strict»)? Supposons qu'on ne puisse dire que le journal partage l'opinion exprimée dans l'écrit attaqué, mais qu'il croit honnêtement qu'elle constitue la véritable opinion de l'auteur (en d'autres termes, qu'il croit honnêtement publier un commentaire loyal de l'auteur sur une question d'intérêt public) et qu'il n'a pas publié la lettre par malice, cet état d'esprit permet-il de plaider avec succès le commentaire loyal? Je conclus par l'affirmative.

Cette conclusion, qui est au cœur même de la présente affaire, se fonde sur un *obiter dictum* de lord Denning dans l'arrêt *Slim v. Daily Telegraph, précité*, où on a jugé, comme dans l'arrêt *Lyon*, que le journal partageait honnêtement les opinions exprimées; lord Denning a fait remarquer (à la p. 503):

[TRADUCTION] ... le droit de faire des commentaires loyaux est un des éléments essentiels de notre liberté d'expression. Nous devons absolument conserver ce droit intact. Il ne doit pas être rogné par des subtilités juridiques. Lorsqu'un citoyen pense que les choses vont mal, il doit pouvoir «écrire au journal» et le journal doit pouvoir publier sa lettre. C'est souvent le seul moyen de rétablir les choses. Il doit cependant s'agir d'une question d'intérêt public. L'auteur doit énoncer les faits correctement et il doit exprimer honnêtement sa véritable opinion. Dans ce cas, lui et le journal se trouvent dégagés de toute responsabilité. La crainte d'une action en libelle ne devrait pas les empêcher d'agir.

In the penultimate paragraph of the same judgment, Lord Denning stated:

On the face of these letters, I think that the comments made by Mr. Herbert and the Daily Telegraph were fair comments on a matter of public interest. They honestly said what they thought. (Emphasis added.)

It must be apparent, as it seems to me, that the sentence last above quoted refers to the honesty of both the writer and the newspaper so that this case in my opinion affords no authority for the proposition that comments published in a newspaper need not be honest expressions of the newspaper's opinion in order to support a defence of fair comment so long as the newspaper can show its belief that the comments were an honest expression of the real opinion of the writer.

If the publication of the libel had been confined to the letter and the writers had been sued, or alternately, if it had originated with the newspaper and its publisher, it would in either case have been necessary to show honest belief in order to sustain the defence of fair comment. The same considerations would thus in my opinion apply to the newspaper and the writers.

In my opinion each publisher in relying on the defence of fair comment is in exactly the same position as the original writer. In this latter regard, I refer to the opinion delivered by Lord Denning in the Privy Council in *"Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway*⁹, where a newspaper published an article calling for an inquiry concerning import licences in which it stated that a Mr. Judd had told a man who was inquiring about import licences to "see Phil and Phil would fix it". The newspaper's comment on this was: "By Phil his caller understood him to mean the Honourable Philip North Holloway the Minister of Industry and Commerce." Holloway brought an action for libel against the newspaper and in commenting on the trial judge's charge to the jury, Lord Denning had this to say at p. 1002:

A l'avant-dernier alinéa du même jugement, lord Denning a affirmé:

[TRADUCTION] Je crois, à la simple lecture de ces lettres, que les commentaires de M. Herbert et du Daily Telegraph étaient des commentaires loyaux sur une question d'intérêt public. Ils ont dit honnêtement ce qu'ils pensaient. (C'est moi qui souligne.)

Il doit être évident, il me semble, que la dernière phrase citée vise à la fois l'honnêteté de l'auteur et celle du journal, de sorte qu'on ne peut, à mon avis, se fonder sur cet arrêt pour dire qu'il n'est pas nécessaire, dans le cas d'une défense de commentaire loyal, que les commentaires publiés dans un journal soient l'expression honnête de l'opinion du journal dans la mesure où ce dernier peut démontrer qu'il croyait que les commentaires constituaient l'expression honnête de la véritable opinion de l'auteur.

Si la publication du libelle avait été restreinte à la lettre et si les auteurs avaient été poursuivis ou encore si le journal et son éditeur en avaient été l'auteur, il aurait été nécessaire dans les deux cas de démontrer la conviction honnête pour étayer la défense fondée sur le commentaire loyal. A mon avis, la même condition s'applique donc au journal et aux auteurs.

A mon avis, l'éditeur qui invoque la défense de commentaire loyal se retrouve exactement dans la même situation que l'auteur. Je me réfère sur ce point à l'opinion de lord Denning dans l'arrêt du Conseil privé *"Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway*⁹: un journal avait publié un article réclamant une enquête sur la délivrance de permis d'importation, où l'on affirmait qu'un nommé M. Judd avait répondu à une personne qui s'enquerrait des permis d'importation [TRADUCTION] «Va voir Phil et Phil arrangera ça». Le journal avait fait le commentaire suivant: [TRADUCTION] «Par Phil, le demandeur a compris qu'il s'agissait de l'honorable Philip North Holloway, le ministre de l'Industrie et du Commerce.» Holloway a intenté une action en libelle contre le journal et, commentant l'exposé du juge de première instance au jury, lord Denning a dit (à la p. 1002):

⁹ [1960] 1 W.L.R. 997.

⁹ [1960] 1 W.L.R. 997.

The words actually used by the judge to the jury were these:

If you accept that those words were spoken by Judd, it is not a defence at all that a statement that might be defamatory is put forward by way of report only. It does not help the defendant that the way that it is put is that Judd said "See Phil and Phil would fix it." The case is properly to be dealt with as if the defendant itself said "See Phil and Phil would fix it."

Their Lordships see nothing wrong in this direction. It is nothing more nor less than a statement of settled law put cogently to the jury. Gatley opens his chapter on Republication and Repetition with the quotation:

Every publication of a libel is a new libel, and each publisher is answerable for his act to the same extent as if the calumny originated with him,

see Gatley on Libel and Slander, 4th ed., p. 106. This case is a good instance of the justice of this rule. If Judd did use the words attributed to him, it might be a slander by Judd of Mr. Holloway in the way of his office as a Minister of the Crown. But if the words had not been repeated by the newspaper, the damage done by Judd would be as nothing compared to the damage done by this newspaper when it repeated it. It broadcast the statement to the people at large: and it made it worse by making it one of the grounds on which it called for an inquiry, for thereby it suggested that some credence was to be given to it.

It appears to me to follow from this that where, as here, there is no evidence as to the honest belief of the writers of the letter, and the newspaper and its publisher have disavowed any such belief on their part, the defence of fair comment cannot be sustained.

In this regard the language employed by Lord Shaw in *Arnold v. The King-Emperor*¹⁰, at p. 300, is appropriate. He there said:

Their Lordships regret to find that there appears on the one side of this case the time-worn fallacy that some kind of privilege attaches to the profession of the Press as distinguished from the members of the public. The freedom of the journalist is an ordinary part of the freedom of the subject, and to whatever lengths the subject in general may go, so also may the journalist, but, apart from statute law, his privilege is no other and

¹⁰ (1914), 83 L.J.P.C. 299.

[TRADUCTION] Le juge s'est adressé au jury en ces termes:

Si vous acceptez que Judd a vraiment prononcé ces paroles, le fait que la déclaration potentiellement diffamatoire soit publiée par le biais d'un compte rendu seulement ne constitue pas une défense. Même si le compte rendu rapporte que Judd a dit «Va voir Phil et Phil arrangera ça», la situation du défendeur ne s'en trouve pas améliorée. On doit aborder la question comme si le défendeur avait lui-même dit «Va voir Phil et Phil arrangera ça».

Leurs Seigneuries ne décèlent aucune erreur dans cette directive. Il s'agit ni plus ni moins que d'un énoncé du droit établi présenté au jury d'une façon convaincante. Gatley commence son chapitre sur la nouvelle publication et la répétition par la citation suivante:

Chaque publication d'un libelle constitue un nouveau libelle, et chaque éditeur doit répondre de son geste comme s'il était l'auteur de la calomnie.

Voir Gatley on Libel and Slander, 4^e éd., p. 106. La présente affaire est un bon exemple du bien-fondé de cette règle. Si Judd a prononcé les paroles qui lui sont imputées, il peut être coupable de diffamation verbale de M. Holloway en tant que Ministre de Sa Majesté. Mais si le journal ne les avait pas publiées, le tort causé par Judd serait minime comparé à celui causé par le journal qui les a répétées. Il a répandu ce propos dans le grand public; il a envenimé les choses en l'invoquant comme un des motifs pour réclamer une enquête, laissant ainsi à entendre qu'il fallait y ajouter foi.

Il s'ensuit selon moi que lorsque, comme en l'espèce, aucune preuve n'établit la conviction honnête des auteurs de la lettre et que le journal et son éditeur ont nié partager leur point de vue, on ne peut admettre la défense de commentaire loyal.

Il convient de citer sur ce point les propos de lord Shaw dans l'arrêt *Arnold v. The King-Emperor*¹⁰, où il a dit (à la p. 300):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries concluent à regret qu'une des parties à cette affaire entretient apparemment l'idée surannée que la profession de journaliste bénéficie d'une certaine forme de privilège qui la distingue du reste du public. La liberté du journaliste fait partie des libertés individuelles et il peut aller aussi loin que toute autre personne mais, mis à part les lois particulières, il ne bénéficie d'aucun privilège différent

¹⁰ (1914), 83 L.J.P.C. 299.

no higher. The responsibilities which attach to his power in the dissemination of printed matter may, and in the case of a conscientious journalist do, make him more careful; but the range of his assertions, his criticisms, or his comments is as wide as, and no wider than, that of any other subject. No privilege attaches to his position.

These views were adopted in this Court in *Globe and Mail v. Boland*¹¹, at p. 208.

These authorities satisfy me that the newspaper and its editor cannot sustain a defence of fair comment when it has been proved that the words used in the letter are not an honest expression of their opinion and there is no evidence as to the honest belief of the writers. In view of this finding, I do not consider it necessary to deal with the other submissions made on behalf of the appellant.

I cannot leave this question without reference to the reasons for judgment of Mr. Justice Hall wherein he expressed the view, which was not shared by the two other judges sitting in the appeal, that, where the defence of fair comment is pleaded the burden of disproving "honesty of belief" lies upon the plaintiff. In so deciding Mr. Justice Hall equates lack of "honest belief" with "malice", saying at p. 194 of the Report:

It is apparent that saying that there must be an honest belief is the same as saying that the comment cannot be made maliciously. We are, therefore, in the instant case really dealing with the reply of malice.

This statement appears to me to overlook the distinction between the defence of "privilege" which can only be defeated by proof of malice and the defence of "fair comment" which presupposes honest belief on the part of the author or publisher. This distinction is recognized in the case of *Plymouth Mutual Co-operative and Industrial Society Ltd. v. Traders' Publishing Association Ltd.*, *supra*. Speaking of the different considerations affecting the defence of "privilege" on the one hand and "fair comment" on the other, Vaughan Williams, L.J. said at p. 413:

ou plus étendu. La responsabilité liée au pouvoir du journaliste de diffuser des imprimés peut l'inciter, et c'est le cas du journaliste consciencieux, à une plus grande prudence; mais le champ de ses affirmations, de ses critiques ou de ses commentaires est aussi étendu, mais pas plus, que celui d'une autre personne. Sa situation ne lui confère aucun privilège.

Cette Cour s'est ralliée à ce point de vue dans l'arrêt *Globe and Mail v. Boland*¹¹, à la p. 208.

Cette jurisprudence me convainc que le journal et son rédacteur ne peuvent invoquer la défense de commentaire loyal lorsqu'il est établi que les mots utilisés dans la lettre ne constituent pas une expression honnête de leur opinion et qu'il n'existe aucune preuve quant à l'honnête conviction des auteurs. Compte tenu de cette conclusion, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter des autres arguments formulés au nom de l'appelant.

Je ne peux clore la question sans mentionner les motifs de jugement du juge Hall où il affirme qu'en cas de défense de commentaire loyal, il incombe au demandeur de réfuter l'«honnêteté de la conviction» (les deux autres juges siégeant en appel ne partagent pas ce point de vue). Le juge Hall assimile ainsi le manque de «conviction honnête» à la «malice», disant, à la p. 194 du recueil:

[TRADUCTION] Il est évident que dire qu'il faut une conviction honnête revient à dire que le commentaire ne doit pas être fait avec malice. Nous avons donc, en l'espèce, à examiner la réplique alléguant la malice.

A mon avis, cette affirmation ne tient pas compte de la distinction qui existe entre la défense d'«immunité», que seule la preuve de la malice peut faire échouer, et la défense de «commentaire loyal», qui présuppose que l'auteur ou l'éditeur croyait honnêtement en l'opinion émise. L'arrêt *Plymouth Mutual Co-operative and Industrial Society Ltd. v. Traders' Publishing Association Ltd.*, précité, reconnaît cette distinction. Parlant des diverses considérations qui influent sur la défense d'«immunité» d'une part et celle de «commentaire loyal» d'autre part, le lord juge Vaughan Williams a dit, à la p. 413:

¹¹ [1960] S.C.R. 203.

¹¹ [1960] R.C.S. 203.

In either case the question raised is really as to the state of mind of the defendant when he published the alleged libel, the question being in the one case whether he published it in the spirit of malice, in the other whether he published it in the spirit of unfairness. (Emphasis added.)

As honesty of belief is an essential component of the defence of fair comment, that defence involves at least some evidence that the material complained of was published in a spirit of fairness.

I cannot accept the proposition apparently adopted by Hall J.A., that where, as here, the words are capable of a defamatory meaning they are presumed to give expression to an opinion honestly held until the contrary is shown.

Mr. Justice Hall appears to find some support for his views in the decision of Lord Denning in *Egger v. Viscount Chelmsford et al.*¹², at p. 265, from which I extract the following excerpt.

If the plaintiff seeks to rely on malice to aggravate damages, or to rebut a defence of qualified privilege, or to cause a comment, otherwise fair, to become unfair, then he must prove malice . . .

I read this statement as meaning that where the defendant has shown that the comment is "otherwise fair", the burden rests upon the plaintiff to prove malice. Here, as I have said, the defence of "qualified privilege" is not available to the defendants and the defence of fair comment can only be sustained if the comment made is "otherwise fair".

In the present case, as I have said, there is no allegation of malice in the statement of claim, but if there had been any evidence to sustain a plea of fair comment, it would have been for the jury to say whether malice had been established.

On the pleadings here it was for the judge to determine whether the words used were capable of a defamatory meaning and for the jury to decide whether they were in fact defamatory. The question of whether they constituted fair comment would also be for the jury if there were any

[TRANSCRIPTION] Dans les deux cas, il s'agit de déterminer dans quel état d'esprit le défendeur a publié le prétendu libelle; dans l'un, la question est de savoir s'il l'a publié dans un esprit de malice et, dans l'autre, dans un esprit de déloyauté. (C'est moi qui souligne.)

Puisque l'honnêteté de la conviction est un élément essentiel de la défense de commentaire loyal, cette défense nécessite au moins une preuve que le document attaqué a été publié dans un esprit de loyauté.

Je ne peux admettre la proposition apparemment adoptée par le juge Hall que, lorsque, comme en l'espèce, les mots utilisés peuvent être considérés comme diffamatoires, ils sont présumés exprimer une opinion honnête jusqu'à preuve du contraire.

Le juge Hall semble se fonder sur la décision rendue par lord Denning dans l'affaire *Egger v. Viscount Chelmsford et al.*¹², à la p. 265, d'où je tire l'extrait suivant:

[TRANSCRIPTION] Si le demandeur cherche à se fonder sur la malice pour augmenter les dommages-intérêts, pour repousser une défense d'immunité relative ou pour montrer qu'un commentaire, par ailleurs loyal, est devenu déloyal, il doit alors la prouver. . . .

Cet extrait signifie, selon moi, que lorsque le défendeur montre que le commentaire est «par ailleurs loyal», il incombe au demandeur de prouver la malice. Comme je l'ai dit, les défendeurs ne peuvent invoquer dans ce cas-ci la défense d'immunité relative et celle de commentaire loyal ne vaut que si le commentaire est «par ailleurs loyal».

Comme je l'ai dit, la déclaration ne contient en l'espèce aucune allégation de malice, mais si des éléments de preuve avaient permis d'appuyer une défense de commentaire loyal, il aurait incombé au jury de dire si la malice avait été établie.

Vu les plaidoiries présentées en l'espèce, il incombait au juge de déterminer si les mots utilisés pouvaient être considérés comme diffamatoires et le jury devait décider s'ils l'étaient effectivement. Le jury aurait eu également à déterminer s'ils constituaient un commentaire loyal si la preuve

¹² [1965] 1 Q.B. 248.

¹² [1965] 1 Q.B. 248.

evidence whatever to support it; but in the absence of such evidence, and in face of the defendants' evidence as to lack of honest belief, no question of malice arises.

It will have been seen, however, that in the absence of any proof of the honest belief of the writers, and having regard to the denial of honest belief by the defendants themselves, the defence of fair comment cannot, in my view, prevail.

This does not mean that freedom of the press to publish its views is in any way affected, nor does it mean that a newspaper cannot publish letters expressing views with which it may strongly disagree. Moreover, nothing that is here said should be construed as meaning that a newspaper is in any way restricted in publishing two diametrically opposite views of the opinion and conduct of a public figure. On the contrary, I adopt as descriptive of the conclusion which I have reached, the language used by Brownridge J.A., in the following excerpt from his reasons for judgment in the Court of Appeal where he said at p. 192 of the Report:

What it does mean is that a newspaper cannot publish a *libellous* letter and then disclaim any responsibility by saying that it was published as fair comment on a matter of public interest but it does not represent the honest opinion of the newspaper.

For all these reasons I would allow this appeal and restore the judgment at trial. The appellant is entitled to his costs throughout.

The judgment of Spence, Dickson and Estey JJ. was delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—This case involves a letter written to the editor of the Saskatoon Star-Phoenix by two law students. They were concerned with an issue of public interest and importance which had evoked substantial controversy in the City of Saskatoon, namely, whether an Indian and Metis rehabilitation centre for alcoholics would be permitted in a predominantly white neighbourhood. The letter was published in The Star-Phoenix. The appellant, Morris T. Cherneskey, who is an alderman and a practising lawyer in Saskatoon,

avait le moins étayé cette défense; mais en l'absence de pareille preuve et vu que les défendeurs ont témoigné qu'ils ne croyaient pas honnêtement en l'opinion exprimée, la question de la malice ne se pose pas.

Cependant, comme la conviction honnête des auteurs n'est pas démontrée et compte tenu de l'aveu des défendeurs qu'ils ne partageaient pas l'opinion des auteurs, la défense de commentaire loyal ne peut, à mon avis, être retenue.

Ceci ne signifie pas que la liberté de la presse de publier son point de vue est amoindrie ou qu'un journal ne peut publier des lettres exprimant des opinions avec lesquelles il peut être en profond désaccord. En outre, rien dans les présents motifs ne signifie qu'un journal ne peut publier deux points de vue diamétralement opposés sur l'opinion et la conduite d'un homme public. Au contraire, j'estime que les propos du juge Brownridge dans l'extrait suivant de ses motifs de jugement en Cour d'appel illustrent bien ma conclusion (p. 192 du recueil):

[TRADUCTION] En fait, cela signifie qu'un journal ne peut publier une lettre *diffamatoire* et ensuite nier toute responsabilité en disant qu'elle a été publiée à titre de commentaire loyal sur une question d'intérêt public mais qu'elle ne constitue pas l'opinion honnête du journal.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Le jugement des juges Spence, Dickson et Estey a été rendu par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Une lettre adressée par deux étudiantes en droit au rédacteur en chef de The Star Phoenix de Saskatoon est à l'origine du présent litige. Ses auteurs s'intéressaient à une question d'intérêt public qui avait soulevé une vive controverse dans la ville de Saskatoon, savoir l'autorisation d'implanter un centre de réadaptation pour alcooliques Indiens et Métis dans un quartier habité principalement par des blancs. La lettre est parue dans The Star-Phoenix. L'appelant, Morris T. Cherneskey, qui est conseil-

alleges that the tenor of the letter was such as to charge him with being "racist" and with conduct unbecoming a barrister and solicitor. He brought an action for libel against Armadale Publishers Limited, owner and publisher of *The Star-Phoenix*, and Sterling King, editor of the paper. The writers of the letter were not sued, nor did they appear as witnesses, as both were out of the province at the time of trial.

I

At a meeting of the Saskatoon City Council held on March 5, 1973, Mr. Cherneskey inquired whether the City had given permission for a native alcoholic rehabilitation centre which was in operation at 401 Avenue H. South, and whether there were any zoning ramifications. He also asked whether the opinion of adjoining residents had been sought. Mr. Cherneskey had earlier been consulted by a Mr. Yaworski and other residents opposed to the centre. He had advised them to present a petition to City Council and told them how to draft it.

At a meeting of the City Council held on March 12, 1973, Mr. Yaworski appeared with a petition containing signatures of fifty-four persons antagonistic to the centre. He spoke vehemently against it. He warned that the area would turn into "an Indian and Metis ghetto" and he questioned whether fifteen people could be asked to "sit inside a hot old house in the summer." Mr. Cherneskey told Council he did not think the zoning by-laws of the area envisaged fifteen people living in one residence. He suggested that the centre should not operate until the zoning situation had been clarified.

The *Star-Phoenix* carried a full and accurate report of the meeting in its news columns. Following this, the two law students, Jackie Dorgan and Connie Hunt, wrote a letter to the paper, reading:

Having read the article in the *Star-Phoenix* of March 13, concerning a petition by Saskatoon residents against the continuation of the Alcoholic Rehabilitation Centre, we wish to express our shock and disgust at the racist attitude reported in the article.

ler municipal et avocat en exercice à Saskatoon, prétend que la lettre l'accusait en fait de «racisme» et de conduite indigne d'un avocat. Il a intenté une action en libelle contre Armadale Publishers Limited, propriétaire et éditeur de *The Star-Phoenix*, et Sterling King, le rédacteur de ce journal. Les auteurs de la lettre n'ont pas été poursuivis et n'ont pas témoigné, car elles étaient toutes deux à l'extérieur de la province au moment du procès.

I

A la séance du 5 mars 1973 du conseil municipal de la ville de Saskatoon, M^e Cherneskey a demandé si la ville avait autorisé l'implantation du centre de réadaptation pour alcooliques autochtones ouvert au 401 sud, avenue H, et si cela avait des implications en matière de zonage. Il a également demandé si l'on avait consulté les habitants du voisinage. Un nommé M. Yaworski et d'autres habitants du quartier opposés au centre avaient précédemment consulté M^e Cherneskey qui leur avait conseillé de soumettre une pétition au conseil municipal et expliqué comment la rédiger.

A la séance du conseil municipal du 12 mars 1973, M. Yaworski a déposé une pétition signée par cinquante-quatre personnes opposées au centre et a protesté avec véhémence contre son implantation. Il a fait une mise en garde contre la transformation du quartier en [TRADUCTION] «un ghetto indien et métis» et a fait remarquer que l'on ne pouvait demander à quinze personnes de [TRADUCTION] «demeurer dans une vieille maison torride en été». M^e Cherneskey a dit au conseil qu'à son avis, les règlements de zonage n'autorisaient pas la cohabitation de quinze personnes dans une même maison. Il suggéra la fermeture du centre jusqu'à ce que la question du zonage soit tirée au clair.

The *Star-Phoenix* fit un compte rendu complet et exact de la séance du conseil. Par la suite, deux étudiantes en droit, Jackie Dorgan et Connie Hunt, firent parvenir au journal la lettre suivante:

[TRADUCTION] Après avoir lu l'article paru dans *The Star-Phoenix* du 13 mars au sujet d'une pétition d'habitants de Saskatoon opposés à la poursuite des activités du centre de réadaptation des alcooliques, nous tenons à exprimer notre indignation devant l'attitude raciste que révèle cet article.

We had thought optimistically we were developing beyond the point where our image of native people was dominated by ill-conceived and dehumanizing stereotypes. Mr. Yaworski's remarks indicate he still considers native people to be something less than human and not entitled to the citizens' rights to which we continually pay lip service.

Surely the white community has indulged itself sufficiently in complaints and criticisms of native people and their drinking habits. Now our energies should be directed in support and encouragement of the efforts of native people who recognize the problem and are taking concrete and positive steps to alleviate it.

As a law student and an articling law student, we are appalled by the stance adopted by Alderman Chernesky, himself a lawyer. We appreciate his sympathy with the concerns of certain members of the white community; however, we thoroughly disagree with his contention the centre should cease its operation until such time as the application of the relevant zoning bylaw has been clarified. We feel this situation is not unlike that of a man charged with a criminal offence. Such a man is deemed innocent until proven guilty.

That Alderman Chernesky should imply the onus is upon those operating the centre to establish their right to remain in the neighbourhood until further clarification, is abhorrent to all concepts of the law. At very least, it flies flagrantly in the face of the principles of natural justice. It is unbecoming a member of the legal profession to adopt such an approach.

Although we do not reside in the particular neighbourhood in question, we would have no objection whatsoever to such a centre operating in our neighbourhood. We entirely support the project initiated by Clarence Trotchie, and hope the racist resistance exhibited will be replaced by the support and encouragement which the project deserves.

The letter was published under the caption "Racist Attitude" in that portion of the paper entitled "Forum," in which letters to the editor appeared.

The action came on for trial before MacPherson J. and a jury. The questions put to the jury and the answers given by the jury were as follows:

1. Would a reasonably minded reader imply that the words 'racist attitude' in the heading over the letter refer to the plaintiff?

Nous pensions, avec trop d'optimisme, que notre perception de la population autochtone n'était plus commandée par des stéréotypes erronés et dégradants. Les propos de M. Yaworski indiquent qu'il considère les autochtones comme des êtres inférieurs n'ayant pas les droits accordés à tout citoyen, droits que nous nous contentons de reconnaître en paroles.

Les blancs se sont assez plaints et ont suffisamment critiqué les autochtones et leur alcoolisme. Nous devons maintenant nous employer de toutes nos forces à soutenir et encourager les efforts des autochtones qui identifient le problème et prennent des mesures concrètes et positives pour y remédier.

A titre d'étudiante en droit d'une part et de stagiaire d'autre part, nous ne pouvons qu'être consternées par la position prise par le conseiller municipal Chernesky, lui-même avocat. Nous comprenons qu'il partage les inquiétudes de certains membres de la communauté blanche; nous sommes cependant en profond désaccord avec son affirmation que le centre doit cesser ses activités jusqu'à ce qu'on ait déterminé la portée du règlement de zonage pertinent. A notre avis, cette situation s'apparente à celle d'une personne accusée d'une infraction criminelle. Elle est réputée innocente jusqu'à preuve de sa culpabilité.

Le conseiller Chernesky donne à entendre qu'il incombe aux responsables du centre de prouver qu'ils ont le droit de rester dans le quartier jusqu'à ce que la lumière soit faite sur cette question, ce qui est contraire à tous les principes de droit. C'est pour le moins une entorse flagrante aux principes de justice naturelle. Cette façon de présenter les choses est indigne d'un avocat.

Nous ne résidons pas dans le quartier en cause mais nous ne nous opposerions en aucune façon à l'implantation d'un tel centre dans le nôtre. Nous appuyons entièrement le projet lancé par Clarence Trotchie et nous espérons que la résistance empreinte de racisme qui s'est manifestée fera place au soutien et à l'encouragement que ce projet mérite.

La lettre a été publiée sous le titre [TRADUCTION] «Attitude raciste» dans la rubrique «Forum», qui réunit les lettres adressées au rédacteur.

Le procès a eu lieu devant le juge MacPherson et un jury. Voici les questions posées au jury et ses réponses:

- [TRADUCTION] 1. Un lecteur raisonnable supposerait-il que le titre «Attitude raciste» qui accompagne la lettre se réfère au demandeur?

Answer: No.

2. If your answer to question number 1 is yes, then are those words defamatory?

Answer: Not applicable.

3. Would a reasonably minded reader imply that the words 'racist resistance' in the last sentence of the letter refer to the plaintiff?

Answer: Yes

4. If your answer to number 3 is yes, then are those words defamatory?

Answer: Yes.

5. Do the words in the fourth and fifth paragraphs of the letter directly or by innuendo defame the plaintiff as Alderman?

Answer: Yes.

6. Do the words in the fourth and fifth paragraphs of the letter directly or by innuendo defame the plaintiff as a lawyer?

Answer: Yes.

7. If you have answered yes to questions 2, 4, 5 and 6 or any one or more of them, what damages do you award the plaintiff?

Answer: \$25,000. & costs.

Judgment was entered in favour of Mr. Cherneskey for \$25,000 and costs. On appeal, the principal ground taken was that the trial judge had erred in refusing to put to the jury the defence of fair comment which had been pleaded in these terms in the statement of defence:

8. In so far as the said letter, exclusive of the said heading, set out in paragraph 3 of the statement of claim consists of statements of fact they are true in substance and in fact and in so far as the said words consist of expressions of opinion, they are fair and *bona fide* comment made without malice upon the said facts which are a matter of public interest.

The trial judge took the defence of fair comment away from the jury on the ground there was no evidence that the words complained of expressed the honest opinion of anyone, either the writers of the letter, or any member of the editorial staff of the paper, or its publisher. The judge was of the view that without such honest opinion he could not tell the jury that the defence of fair comment was available to the defendants. The Court of Appeal for Saskatchewan by a majority (Hall and Bayda J.J.A.) allowed the appeal and ordered a new trial. Mr. Justice Brownridge, dissenting, would have dismissed the appeal.

Réponse: Non.

2. Si vous répondez oui à la première question, ces mots sont-ils diffamatoires?

Réponse: Sans objet.

3. Un lecteur raisonnable supposerait-il que les mots «résistance empreinte de racisme», à la dernière phrase de la lettre, se rapportent au demandeur?

Réponse: Oui.

4. Si vous répondez oui à la troisième question, ces mots sont-ils diffamatoires?

Réponse: Oui.

5. Les quatrième et cinquième alinéas de la lettre diffament-ils directement ou par insinuation le demandeur en tant que conseiller municipal?

Réponse: Oui.

6. Les quatrième et cinquième alinéas de la lettre diffament-ils directement ou par insinuation le demandeur en tant qu'avocat?

Réponse: Oui.

7. Si vous répondez oui aux questions 2, 4, 5 et 6 ou à l'une ou plusieurs d'entre elles, quel montant de dommages-intérêts accordez-vous au demandeur?

Réponse: \$25,000 et les dépens.

M^e Cherneskey a eu gain de cause et a obtenu \$25,000 et les dépens. Le moyen principal invoqué en appel fut que le juge de première instance avait erré en refusant de soumettre au jury le moyen de défense fondé sur le commentaire loyal, allégué en ces termes dans la défense:

[TRADUCTION] 8. A l'exclusion du titre, dans la mesure où la lettre citée au paragraphe 3 de la déclaration contient des déclarations de fait qui sont vraies en substance et en fait et où les mots utilisés sont l'expression d'une opinion, ils constituent un commentaire loyal fait de bonne foi, exempt de malice, sur des faits qui sont d'intérêt public.

Le juge de première instance n'a pas soumis la défense de commentaire loyal au jury parce qu'aucun élément de preuve n'établissait que les mots incriminés étaient l'expression de l'opinion honnête de qui que ce soit, ni des auteurs de la lettre, ni d'un membre de la rédaction, ni de l'éditeur. Le juge était d'avis que, dans ce cas, il ne pouvait dire au jury que les défendeurs pouvaient invoquer la défense de commentaire loyal. La Cour d'appel de la Saskatchewan, à la majorité (les juges Hall et Bayda), a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Dissident, le juge Brownridge était d'avis de rejeter l'appel.

II

The law of defamation must strike a fair balance between the protection of reputation and the protection of free speech, for it asserts that a statement is not actionable, in spite of the fact that it is defamatory, if it constitutes the truth, or is privileged, or is fair comment on a matter of public interest, expressed without malice by the publisher. These defences are of crucial importance in the law of defamation because of the low level of the threshold which a statement must pass in order to be defamatory. The virtually universally accepted test is that expressed by Lord Atkin "after collating the opinions of many authorities" in *Sim v. Stretch*¹³, at p. 671. He stated that the test of whether a statement is defamatory is: "Would the words tend to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally?" In the earlier case of *O'Brien v. Clement*¹⁴ at p. 436 Baron Parke said that, subject to any available defences, "[e]verything printed or written, which reflects on the character of another" is a libel. It is apparent that the scope of defamatory statements is very wide indeed. In particular, a great deal of what is printed in the Letters to the Editor columns of newspapers unquestionably has the effect of lowering the subject's reputation in the estimation of right-thinking people generally. In all cases, nevertheless, the statement is not actionable if it is the truth, or fair comment, or protected by privilege. This is the reason why most defamation actions centre on the defences of justification, fair comment, or privilege. It is these defences which give substance to the principle of freedom of speech.

The important issue raised in this appeal is whether the defence of fair comment is denied a newspaper publishing material alleged to be defamatory unless it can be shown that the paper honestly believed the views expressed in the impugned material. It does not require any great

¹³ (1936), 52 T.L.R. 669.

¹⁴ (1846), 15 M. & W. 435.

II

Le droit de la diffamation doit trouver un juste équilibre entre la protection de la réputation et la protection de la liberté d'expression, car une déclaration ne peut juridiquement faire l'objet d'une poursuite, même quand elle est diffamatoire, si elle énonce la vérité, si elle est privilégiée ou si elle constitue un commentaire loyal sur une question d'intérêt public formulée sans malice par l'éditeur. Ces moyens de défense ont une importance cruciale en droit de la diffamation car la frontière qui marque une déclaration diffamatoire est vite franchie. Le critère presque universellement reconnu a été formulé par lord Atkin dans *Sim v. Stretch*¹³, à la p. 671, [TRADUCTION] «après avoir examiné longuement la jurisprudence». Selon lui, le critère de la déclaration diffamatoire est le suivant: [TRADUCTION] «les mots utilisés ont-ils pour effet de diminuer le demandeur dans l'estime des membres bien pensants de la société en général?» Dans l'arrêt antérieur *O'Brien v. Clement*¹⁴ le baron Parke a dit (à la p. 436) que, sous réserve des moyens de défense recevables, [TRADUCTION] «tout imprimé ou écrit qui porte atteinte à la réputation d'un autre» est un libelle. Il est évident que l'éventail des déclarations diffamatoires est effectivement très large. En particulier, un grand nombre de lettres au rédacteur publiées dans les journaux ont incontestablement pour effet de ternir la réputation du sujet aux yeux des gens bien pensants en général. Quoi qu'il en soit, la déclaration ne peut faire l'objet d'une poursuite si c'est la vérité, si elle constitue un commentaire loyal ou si elle bénéficie d'une immunité. C'est pour cette raison que la plupart des actions en diffamation sont centrées sur les défenses fondées sur la justification, le commentaire loyal ou l'immunité. Ce sont ces défenses qui donnent corps au principe de la liberté d'expression.

La question importante soulevée par ce pourvoi est la suivante: un journal qui publie des documents prétendument diffamatoires peut-il se voir refuser le recours à la défense de commentaire loyal à moins qu'il ne démontre qu'il partageait honnêtement l'opinion exprimée dans les docu-

¹³ (1936), 52 T.L.R. 669.

¹⁴ (1846), 15 M. & W. 435.

perception to envisage the effect of such a rule upon the position of a newspaper in the publication of letters to the editor. An editor receiving a letter containing matter which might be defamatory would have a defence of fair comment if he shared the views expressed, but defenceless if he did not hold those views. As the columns devoted to letters to the editor are intended to stimulate uninhibited debate on every public issue, the editor's task would be an unenviable one if he were limited to publishing only those letters with which he agreed. He would be engaged in a sort of censorship, antithetical to a free press. One can readily draw a distinction between editorial comment or articles, which may be taken to represent the paper's point of view, and letters to the editor in which the personal opinion of the paper is, or should be, irrelevant. No one believes that a newspaper shares the views of every hostile reader who takes it to task in a letter to the editor for error of omission or commission, or that it yields assent to the views of every person who feels impelled to make his feelings known in a letter to the editor. Newspapers do not adopt as their own the opinions voiced in such letters, nor should they be expected to.

III

The issue is broader than that. A free and general discussion of public matters is fundamental to a democratic society. The right of persons to make public their thoughts on the conduct of public officials, in terms usually critical and often caustic, goes back to earliest times in Greece and Rome. The Roman historian, Tacitus, spoke of the happiness of the times when one could think as he wished and could speak as he thought (1 Tacitus, *History*, para. 1). Citizens, as decision-makers, cannot be expected to exercise wise and informed judgment unless they are exposed to the widest variety of ideas, from diverse and antagonistic sources. Full disclosure exposes, and protects against, false doctrine.

It is not only the right but the duty of the press, in pursuit of its legitimate objectives, to act as a

ments en cause? Il n'est pas nécessaire d'être devin pour imaginer l'effet de pareille règle sur l'attitude d'un journal vis-à-vis de la publication des lettres au rédacteur. Le rédacteur qui reçoit une lettre dont le contenu peut être diffamatoire pourrait invoquer la défense de commentaire loyal s'il partageait l'opinion exprimée, mais il serait sans défense dans le cas contraire. Puisque les lettres au rédacteur visent à animer un débat ouvert sur toute question d'intérêt public, sa tâche serait peu enviable s'il ne pouvait publier que les lettres avec lesquelles il est d'accord. Il exercerait donc une sorte de censure, en contradiction avec une presse libre. On peut facilement faire une distinction entre les éditoriaux ou les articles, qui peuvent être considérés comme l'expression du point de vue du journal, et les lettres au rédacteur, qui n'ont aucun rapport avec l'opinion du journal ou ne devraient pas en avoir. Personne ne croit qu'un journal partage l'opinion de tout lecteur hostile qui le prend à parti dans une lettre au rédacteur pour une omission ou un acte, ni qu'il souscrit au point de vue de toute personne qui souhaite révéler son sentiment dans une lettre au rédacteur. Les journaux n'adoptent pas les opinions exprimées dans ces lettres et on ne doit pas s'attendre à ce qu'ils le fassent.

III

Le problème est plus vaste que cela. La discussion libre et générale de sujets d'intérêt public est un élément fondamental d'une société démocratique. Le droit de faire connaître publiquement son opinion sur la conduite des hommes publics, en termes critiques et même caustiques, remonte à la Grèce et à la Rome antiques. L'historien romain Tacite parle des temps heureux où l'on pouvait penser ce que l'on voulait et dire ce que l'on pensait (1 Tacite, *Histoire*, par. 1). On ne peut s'attendre à ce que les citoyens, détenteurs du pouvoir de décision, se forment un jugement éclairé et averti s'ils n'ont pas accès au plus large éventail d'idées possible provenant de sources diverses et opposées. Une information ouverte et complète démasque et circonscrit les théories erronées.

Dans la poursuite de ses buts légitimes, la presse a non seulement le droit mais aussi le devoir de

sounding board for the free flow of new and different ideas. It is one of the few means of getting the heterodox and controversial before the public. Many of the unorthodox points of view get newspaper space through letters to the editor. It is one of the few ways in which the public gains access to the press. By these means, various points of view, old and new grievances and proposed remedies get aired. The public interest is incidentally served by providing a safety valve for people.

Newspapers will not be able to provide a forum for dissemination of ideas if they are limited to publishing opinions with which they agree. If editors are faced with the choice of publishing only those letters which espouse their own particular ideology, or being without defence if sued for defamation, democratic dialogue will be stifled. Healthy debate will likely be replaced by monotonous repetition of majoritarian ideas and conformity to accepted taste. In one-newspaper towns, of which there are many, competing ideas will no longer gain access. Readers will be exposed to a single political, economic and social point of view. In a public controversy, the tendency will be to suppress those letters with which the editor is not in agreement. This runs directly counter to the increasing tendency of North American newspapers generally to become less devoted to the publishers' opinions and to print, without fear or favour, the widest possible range of opinions on matters of public interest. The integrity of a newspaper rests not on the publication of letters with which it is in agreement, but rather on the publication of letters expressing ideas to which it is violently opposed.

I do not wish to overstate the case. It is my view, however, that anything which serves to repress competing ideas is inimical to the public interest. I agree that the publisher of a newspaper has no special immunity from the application of general laws, and that in the matter of comment he is in no better position than any other citizen. But he should not be in any worse position. That, I fear, will be the situation if one fails to distinguish between the writer of a letter to the editor, and the editor, or if one compresses into one statement the

diffuser des idées nouvelles et différentes. C'est un des seuls moyens pour répandre dans le public des idées hétérodoxes et controversées. Bien des points de vue non conformistes paraissent dans les journaux sous forme de lettres au rédacteur. C'est une des seules façons pour le public d'avoir accès à la presse. Ces moyens permettent de faire connaître des points de vue divers, des doléances anciennes et récentes et de proposer des correctifs. Cette sorte de soupape de sûreté sert accessoirement l'intérêt public.

Les journaux ne pourront servir de tribune pour la diffusion des idées s'ils ne peuvent publier que les opinions auxquelles ils souscrivent. Si les rédacteurs doivent choisir de publier uniquement les lettres qui coïncident avec leur propre idéologie ou de n'avoir aucun moyen de défense dans des poursuites en diffamation, le dialogue démocratique sera étouffé. La saine discussion sera alors vraisemblablement remplacée par la répétition monotone des idées majoritaires et par la conformité au goût général. Dans les villes où un seul journal est publié, et elles sont nombreuses, les idées opposées ne seront plus diffusées. Les lecteurs ne connaîtront qu'un seul point de vue politique, économique et social. Dans une controverse publique, le rédacteur aura tendance à supprimer les lettres avec lesquelles il n'est pas d'accord. Ceci va à l'opposé de la tendance actuelle des journaux nord-américains d'accorder moins d'importance aux opinions des éditeurs et de publier, sans crainte ni préférence, un large éventail d'opinions sur les questions d'intérêt public. L'intégrité d'un journal repose non pas sur la publication de lettres avec lesquelles il est d'accord, mais plutôt sur la publication de lettres qui exposent des idées qu'il combat.

Je ne veux pas exagérer l'importance de la question, mais j'estime cependant que tout ce qui sert à réprimer les idées contradictoires va à l'encontre de l'intérêt public. J'admets que l'éditeur d'un journal n'est pas à l'abri de l'application des lois générales et qu'en matière de commentaire, sa situation n'est pas meilleure que celle de tout autre citoyen. Mais elle ne saurait être pire. Je crains que ce ne soit le cas si l'on ne fait pas de distinction entre l'auteur d'une lettre au rédacteur et le rédacteur, ou si l'on comprime en un seul énoncé

several steps in the requisite process of analysis of the defence of fair comment.

Here, the newspaper, as such, had no opinion on the matter published. Although the executive vice-president of Armadale and the editor happened to know the appellant, and did not share the opinion expressed by the writers of the letter in question, the newspaper, in fact, operated merely as a conduit for the opinion.

Another important fact should also be noted. Mr. Justice MacPherson, speaking with reference to the newspaper, said "malice is out." Counsel acknowledged that was right, and the judge's ruling was not challenged before us.

IV

There is in some of the cases confusion between the requirement that a comment be "fair" and that it not be made with malice. In fact, these two requirements are quite distinct. Shortly stated, the test of whether a comment is "fair comment" in law is an "objective" test, *i.e.* is the comment one that an honest, albeit prejudiced, person might make in the circumstances? The cases of *Merivale v. Carson*¹⁵; *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph Ltd.*¹⁶, and *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*¹⁷, in my opinion, support this view. Even if the comment passes this test, the defence of fair comment will fail if it does not pass the subjective test of whether the publisher himself was actuated by malice: see *Thomas v. Bradbury, Agnew & Co.*¹⁸ There would be no point in having the second test if the first one included the ingredient of the subjective test. Many cases merge these two elements to ask whether the statement in question is the publisher's real opinion. This works passably well when the defendant is the writer, but it does not work at all if he is not, as in the case where, as here, a newspaper has printed a letter in its Letters to the Editor space.

¹⁵ (1887), 20 Q.B.D. 275.

¹⁶ [1943] 2 All E.R. 316.

¹⁷ [1968] 1 All E.R. 497.

¹⁸ (1906), 75 L.J.K.B. 726.

les différentes étapes du processus nécessaire d'analyse de la défense de commentaire loyal.

En l'espèce, le journal n'avait lui-même aucune opinion sur l'objet de la lettre publiée. Même si le vice-président des services administratifs d'Armadale et le rédacteur connaissaient l'appelant et ne partageaient pas l'opinion exprimée par les auteurs de la lettre en cause, le journal se faisait en fait uniquement l'écho de cette opinion.

Un autre fait important doit également être noté. Parlant du journal, le juge MacPherson a dit [TRADUCTION] «il n'y a aucune malice». Les avocats ont convenu que c'était exact et la décision du juge n'a pas été contestée devant nous.

IV

Certaines décisions trahissent une confusion entre la nécessité que le commentaire soit «loyal» et qu'il soit fait sans malice. En fait, ces deux exigences sont tout à fait distinctes. Brièvement, le critère appliqué pour déterminer s'il s'agit d'un «commentaire loyal» en droit est un critère «objectif», c'est-à-dire s'agit-il d'un commentaire qu'une personne honnête, bien qu'ayant des préjugés, aurait pu faire dans les circonstances? Les décisions *Merivale v. Carson*¹⁵; *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph Ltd.*¹⁶, et *Slim v. Daily Telegraph Ltd.*¹⁷, vont, à mon avis, dans ce sens. Même si le commentaire répond à ce critère, la défense de commentaire loyal échoue s'il ne satisfait pas au critère subjectif qui est de savoir si l'éditeur était lui-même animé par la malice: voir *Thomas v. Bradbury, Agnew & Co.*¹⁸ A quoi servirait le second critère si le premier comprenait l'élément de subjectivité? Beaucoup de décisions fondent ces deux éléments et demandent si l'énoncé en cause constitue l'opinion véritable de l'éditeur. Cela marche assez bien lorsque le défendeur est l'auteur, mais il en est autrement s'il ne l'est pas, comme dans le cas où un journal publie une lettre sous la rubrique des lettres au rédacteur, comme ici.

¹⁵ (1887), 20 Q.B.D. 275.

¹⁶ [1943] 2 All E.R. 316.

¹⁷ [1968] 1 All E.R. 497.

¹⁸ (1906), 75 L.J.K.B. 726.

In my view, the legal position is this: if a defendant raises the defence of fair comment, he has the burden of establishing that the facts on which it is based are true and that it is *objectively* fair; if he discharges this burden he will, nevertheless, lose the defence if the plaintiff proves that the comment was published maliciously. It is this second stage of the analysis which raises the *subjective* issue of the defendant's state of mind or motive. Malice is not limited to spite or ill will, although these are its most obvious instances. Malice includes any indirect motive or ulterior purpose, and will be established if the plaintiff can prove that the defendant was not acting honestly when he published the comment. This will depend on all the circumstances of the case. Where the defendant is the writer or commentator himself, proof that the comment is not the honest expression of his real opinion would be evidence of malice. If the defendant is not the writer or commentator himself, but a subsequent publisher, obviously this is an inappropriate test of malice. Other criteria will be relevant to determine whether he published the comment from spite or ill will, or from any other indirect and dishonest motive.

V

The most recent authority for the double test is to be found in a text which has just come to hand, *Duncan and Neill on Defamation (1978)*. In a foreword, the Right Honourable Lord Salmon says that Mr. Duncan is "recognized as the doyen of those counsel who have concentrated most of their attention on the law of defamation and his experience and expertise in this field is unrivalled." The authors state the main principles relating to the defence of fair comment, as follows (p. 62, para. 12.02):

- (a) the comment must be on a matter of public interest;
- (b) the comment must be based on fact;
- (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognisable as comment;

La situation juridique est, à mon sens, la suivante: si un défendeur invoque la défense de commentaire loyal, il lui incombe d'établir que les faits sur lesquels le commentaire se fonde sont vrais et qu'il est *objectivement* loyal; s'il s'acquitte de ce fardeau, il peut néanmoins échouer si le demandeur prouve que le commentaire a été publié par malice. C'est cette seconde étape de l'analyse qui soulève la question *subjective* de l'état d'esprit ou du motif de défendeur. La malice n'est pas restreinte à l'animosité ou à l'inimitié, bien qu'elles en soient les exemples les plus évidents. La malice comprend tout motif indirect ou caché; elle est établie si le demandeur peut prouver que le défendeur n'a pas agi honnêtement en publiant le commentaire. Cela tient à toutes les circonstances de l'affaire. Lorsque le défendeur est lui-même l'auteur ou le commentateur, la preuve que le commentaire ne constitue pas l'expression honnête de sa véritable opinion fait foi de la malice. Si le défendeur n'est pas lui-même l'auteur ou le commentateur et n'a fait que publier le commentaire, il est évident que ce critère de la malice ne convient pas. Il faudra recourir à d'autres critères pour déterminer s'il a publié le commentaire par animosité ou inimitié ou pour tout autre motif indirect et malhonnête.

V

Un ouvrage récemment paru, *Duncan and Neill on Defamation (1978)*, appuie ce double critère. En préface, le très honorable lord Salmon dit que M^c Duncan est [TRADUCTION] «reconnu comme le doyen des avocats qui se sont tout particulièrement intéressés au droit de la diffamation, et son expérience et ses connaissances en ce domaine sont inégalées». Les auteurs formulent en ces termes les grands principes qui régissent la défense de commentaire loyal (p. 62, par. 12.02):

- [TRADUCTION] a) le commentaire doit porter sur une question d'intérêt public;
- b) le commentaire doit être fondé sur des faits;
- c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire;

- (d) the comment must satisfy the following *objective* test: could any man honestly express that opinion on the proved facts?
- (e) even though the comment satisfies the objective test the defence can be defeated *if the plaintiff proves that the defendant was actuated by express malice.*

(Emphasis added.)

The following appears later (p. 68, para. 12.14):

12.14 The general rule is that, in order to qualify as fair comment, an expression of opinion must satisfy the following objective test: could any man honestly express that opinion on the proved facts? It is to be noted, however, that although the comment may satisfy the objective test, the defendant may still be liable if the plaintiff proves that in making the comment the defendant was actuated by express malice.

It is, I think, important to note the line clearly drawn by the authors between the objective test and the subjective test. Equally important is their view that the burden of proving malice rests upon the plaintiff. Some writers have violently compressed this whole process of analysis into one statement, ignoring the shift in the burden of proof with respect to objective fairness and subjective malice, and have used the test for malice which is applicable only to the writer as a universal test for all defendants. The result is a statement such as this: "the comment must be published honestly in that it is the expression of the defendant's real opinion." This statement is contained in *Gatley on Libel and Slander* (7th ed.) (1974), p. 308, para. 729. Notwithstanding the general high esteem in which this authoritative work is held, the statement in my view is unfortunate, as an entirely wrong conclusion may be drawn in attempting to apply it in circumstances such as those now before us. Indeed, the accuracy of the statement is belied by numerous passages in the same text which surround it. The very footnote it rests on recognizes that the test of "honest expression of one's real opinion" is appropriate only if the defendant is the writer or commentator. This footnote, purporting to be authority for the statement in the text, reads as follows:

"... the question is not whether the comment is justified in the eyes of judge or jury, but whether it is the honest

- d) le commentaire doit répondre au critère *objectif* suivant: pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés?
- e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer *si le demandeur prouve que le défendeur était animé par la malice.*

(Les italiques sont de moi.)

On trouve plus loin le paragraphe suivant (p. 68, par. 12.14):

[TRADUCTION] 12.14 Selon la règle générale, pour être qualifiée de commentaire loyal, une opinion doit répondre au critère objectif suivant: pouvait-on exprimer honnêtement cette opinion vu les faits prouvés? On doit noter cependant que même si le commentaire répond au critère objectif, le défendeur peut encore être tenu responsable si le demandeur prouve que le défendeur était animé par la malice lorsqu'il a fait le commentaire.

Je crois qu'il est important de souligner la nette distinction établie par les auteurs entre le critère objectif et le critère subjectif. Il est également important de noter qu'à leur avis, la preuve de la malice incombe au demandeur. Des auteurs ont comprimé au maximum tout ce processus d'analyse en un seul énoncé, sans tenir compte du renversement du fardeau de la preuve relativement à la loyauté objective et à la malice subjective, et ont utilisé pour tous les défendeurs le critère de la malice qui s'applique uniquement à l'auteur du commentaire. D'où l'énoncé suivant: [TRADUCTION] «le commentaire doit être publié honnêtement, c'est-à-dire qu'il doit être l'expression de l'opinion véritable du défendeur.» Cette citation est tirée de *Gatley on Libel and Slander* (7^e éd.) (1974), p. 308, par. 729. Même si cet ouvrage de doctrine est généralement tenu en très haute estime, l'énoncé est à mon avis regrettable puisqu'il peut mener à une conclusion entièrement erronée si l'on essaie de l'appliquer dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire. De nombreux passages du même texte le contredisent. Le renvoi en bas de page qui s'y rapporte reconnaît que le critère de [TRADUCTION] «l'expression honnête de la véritable opinion de quelqu'un» n'est valable que si le défendeur est l'auteur ou le commentateur. Voici le renvoi qui est censé faire autorité pour cet énoncé:

[TRADUCTION] «... la question n'est pas de savoir si le commentaire se justifie aux yeux du juge ou du jury,

expression of the *commentator's* real view and not merely abuse or invective under the guise of criticism": per Lord Porter in *Turner v. M.-G-M.* [1950] 1 All E.R. at p. 461; . . .

(Emphasis added.)

An earlier statement in the text also recognizes the inherent limitation of this test. At p. 300, para. 716, it is said that the comment "must be the honest expression of the *writer's* real opinion". (Emphasis added.) A later statement, discussing this matter more fully than the laconic statement in para. 729, shows clearly that the proper test is a two-stage one of objective fairness and subjective malice: see pp. 309-10, para. 731, as follows:

It is clear, however, that a document which purports to be a criticism on a matter of public interest, though admittedly fair in the sense that it is not inspired by malice, may yet exceed the limits of fair comment in that the language in which it is couched "passes out of the domain of criticism itself," for example, descends to "mere invective." "The view expressed must be honest and must be such as can fairly be called criticism." . . .

The question which the jury must consider is this: *Would any [honest] man, however prejudiced he might be, or however exaggerated or obstinate his views, have written this criticism?*

(Footnotes omitted.)

Further, in discussion of malice itself, *Gatley* recognizes (i) that malice is the only question after objective fairness is established, and (ii) that there are many kinds of appropriate evidence of malice other than merely whether the comment was the defendant's real opinion. Different types of evidence of malice may be appropriate for different types of defendants: see paras. 763, 765. See also para. 769 which reads:

769. Honesty and fair comment. Similarly, under a plea of fair comment, proof that the defendant did not really entertain the opinion expressed in such a comment, or published it knowing that it was unjust, would be evidence of malice. If the defendant is to succeed, the words complained of must be published honestly. "Fair comment" must be "the honest expression of the real opinion of the defendants when they wrote it." The defence of fair comment "will fail if the jury are satis-

mais s'il constitue l'expression honnête du véritable point de vue du *commentateur* et non simplement des injures ou des invectives lancées sous le couvert de la critique»: lord Porter dans *Turner v. M.-G-M.* [1950] 1 All E.R., à la p. 461; . . .

(Les italiques sont de moi.)

Un passage antérieur reconnaît également la limite inhérente de ce critère. A la p. 300, par. 716, on lit que le commentaire [TRADUCTION] «doit être l'expression honnête de la véritable opinion de l'*auteur*». (Les italiques sont de moi.) Traitant de cette question de façon plus complète que l'énoncé laconique du par. 729, un passage ultérieur montre clairement que le critère approprié comprend deux volets, la loyauté objective et la malice subjective (voir les pp. 309 et 310, par. 731):

[TRADUCTION] Il est cependant clair qu'un document qui est censé faire la critique d'une question d'intérêt public, même une critique loyale au sens qu'elle n'est pas inspirée par la malice, peut outrepasser les limites du commentaire loyal si le langage utilisé «s'éloigne du domaine de la critique», par exemple, si elle s'abaisse au niveau de la «simple invective». «Le point de vue exprimé doit être honnête et doit pouvoir être honnêtement qualifié de critique.» . . .

Le jury doit se poser la question suivante: *Une personne [honnête], quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions, aurait-elle pu écrire cette critique?*

(Renvois en bas de page retranchés.)

En outre, au sujet de la malice elle-même, *Gatley* reconnaît (i) que la malice est la seule question à trancher une fois la loyauté objective établie, et (ii) que l'on peut faire la preuve de la malice de bien d'autres façons qu'en recherchant si le commentaire constituait la véritable opinion du défendeur. Selon les types de défendeurs, on aura différents types de preuve de la malice: voir les par. 763 et 765. Voir également le par. 769 qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] 769. Honnêteté et commentaire loyal. De même, en cas de défense de commentaire loyal, la preuve que le défendeur ne partageait pas réellement l'opinion exprimée dans ce commentaire ou qu'il l'a publié tout en sachant qu'il était injuste, établirait la malice. Pour que le défendeur ait gain de cause, il faut que les mots contestés aient été publiés honnêtement. Le «commentaire loyal» est «l'expression honnête de la véritable opinion des défendeurs lorsqu'ils l'ont rédigée». La

fied that the libel is malicious." If the plaintiff can prove that the defendant "was actuated by a malicious motive, that is to say, by some motive other than that of a pure expression of a critic's real opinion," the defendant will fail in his plea of fair comment, even though the language used does not otherwise exceed the limits of fair comment. "Comment which may be objectively and *prima facie* fair may become unfair if made with a malicious motive."

(Footnotes omitted.)

In another paragraph, which refers back to the statement in para. 729 quoted above, *Gatley* expressly recognizes that the test of honest expression of the defendant's views is, in fact, a part of the issue of malice, and that the onus in this matter lies on the plaintiff (p. 342, para. 789):

789. Onus of proof of malice: fair comment. In the same way, the defendant who relies on a plea of fair comment does not have to show that the comment is an honest expression of his views. "In alleging any unfairness the plaintiff takes on him or herself the onus, also taken by an allegation of malice, to prove that the criticism is unfair either from the language used or from some extraneous circumstance."

(Footnotes omitted.)

VI

Confusion arises because the writer is the most common defendant, and the need to keep clear the distinction between the sequential tests of "fair comment" and "malice" is not so great. Where the publisher is not the writer, the need is imperative. If the analysis set out in *Duncan and Neill* is accepted, and I suggest it should be, it is readily apparent that newspapers need not be in any different position from the rest of the population. Once a comment which is defamatory (in the sense of lowering the subject's reputation) is shown to be objectively fair, the only question is whether it was published with malice. This will depend on whether there is appropriate evidence of malice, which will be different depending upon whether the newspaper, or its staff, writes the comment, or whether the newspaper publishes comments written by others.

There is abundant authority to support the *Duncan and Neill* analysis of the defence of fair

défense de commentaire loyal «échoue si le jury conclut que le libelle est malveillant». Si le demandeur peut prouver que le défendeur «était animé par un motif malveillant, c'est-à-dire par un motif autre que la pure expression de la véritable opinion du critique», la défense de commentaire loyal va échouer, même si le langage utilisé n'outrepasse pas les limites du commentaire loyal. «Un commentaire objectivement et à première vue loyal peut devenir déloyal s'il est fait dans un but malveillant.»

(Renvois en bas de page retranchés.)

Dans un autre paragraphe qui renvoie à l'énoncé du par. 729 précité, *Gatley* reconnaît expressément que le critère de l'expression honnête du point de vue du défendeur permet en fait de répondre en partie à la question de la malice; le fardeau, dans ce cas, incombe au demandeur (p. 342, par. 789):

[TRADUCTION] 789. Fardeau de la preuve de la malice: commentaire loyal. De la même façon, le défendeur qui fonde sa défense sur le commentaire loyal n'a pas à démontrer que le commentaire constitue l'expression honnête de son point de vue. «Si le demandeur allègue que le commentaire est déloyal ou qu'il y a eu malice, il assume la charge de prouver que la critique est injuste, que ce soit à cause du langage utilisé ou de circonstances externes.»

(Renvois en bas de page retranchés.)

VI

La confusion vient de ce que le plus souvent l'auteur est le défendeur et que le maintien d'une distinction claire entre les critères successifs de «commentaire loyal» et de «malice» a alors moins d'importance. Lorsque l'éditeur n'est pas l'auteur, cette distinction est impérative. Si l'on accepte l'analyse de *Duncan and Neill*, et je suggère qu'il le faut, il est manifeste que les journaux n'ont aucun besoin d'être différenciés du reste de la population. Lorsqu'il est démontré qu'un commentaire diffamatoire (au sens de nuisible à la réputation de la personne visée) est objectivement loyal, il reste à déterminer s'il a été publié avec malice. Cette question sera subordonnée à celle de savoir s'il existe une preuve pertinente de la malice; cette preuve sera différente selon que le journal, ou son personnel, a écrit le commentaire ou que le journal a publié des commentaires rédigés par d'autres.

L'analyse de la défense de commentaire loyal par *Duncan and Neill* est abondamment étayée

comment. One of the clearest and most authoritative statements is found in 24 *Halsbury* (3rd. ed.), p. 76, para. 131, as follows:

In the case of a defence of fair comment on a matter of public interest the burden is on the defendant to show that the facts are true and, if there is any evidence of unfairness, that the comment is objectively fair, and it is then open to the plaintiff to prove that the defendant made the comment maliciously, for example, from a motive of spite or ill-will.

The authority for this statement is the House of Lords decision in *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*¹⁹, at pp. 461-2, and the Court of Appeal decision in *Adams v. Sunday Pictorial Newspapers (1920) Ltd. and Champion*²⁰, at pp. 359-60. In the passage referred to in the *Adams* case, Denning L.J. says, p. 360:

If [the defendant] proves that the facts were true and that the comments, *objectively considered*, were fair, that is, if they were fair when considered without regard to the state of mind of the writer, I should not have thought that the plaintiff had much to complain about; nevertheless it has been held that the plaintiff can still succeed if he can prove that the comments, *subjectively considered*, were unfair because the writer was actuated by malice.

(Emphasis added.)

The leading case on the defence of fair comment is *Merivale v. Carson*, *supra*. In it, Lord Esher M.R. enunciated a test which has been applied in numerous cases since. This test, which is clearly an objective one, reads as follows (p. 281):

The question which the jury must consider is this—would any fair man, however prejudiced he may be, however exaggerated or obstinate his views, have said that which this criticism has said of the work which is criticised?

This test was adopted with one modification by Lord Porter in the *Turner* case, in these terms, p. 461:

To a similar effect were the words of Lord Esher, M.R. (20 Q.B.D.281), in *Merivale v. Carson* which are so often quoted:

¹⁹ [1950] 1 All E.R. 449.

²⁰ [1951] 1 K.B. 354.

par la doctrine et la jurisprudence. On trouve à 24 *Halsbury* (3^e éd.), p. 76, par. 131, un des énoncés les plus autorisés et les plus clairs sur ce point:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une défense de commentaire loyal portant sur une question d'intérêt public, il incombe au défendeur de montrer que les faits sont exacts et, s'il y a preuve de déloyauté, que le commentaire est objectivement loyal; le demandeur peut alors prouver que le défendeur a fait le commentaire avec malice, par exemple, par animosité ou inimitié.

L'arrêt de la Chambre des lords, *Turner v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd.*¹⁹, aux pp. 461 et 462 et celui de la Cour d'appel, *Adams v. Sunday Pictorial Newspapers (1920) Ltd. and Champion*²⁰, aux pp. 359 et 360, font autorité sur ce point. Dans le passage de l'arrêt *Adams* auquel je renvoie, le lord juge Denning a dit (à la p. 360):

[TRADUCTION] Si [le défendeur] prouve que les faits sont exacts et que les commentaires, *examinés objectivement*, sont loyaux, c'est-à-dire loyaux si on les examine sans égard à l'état d'esprit de l'auteur, je ne pense pas que le demandeur ait de quoi se plaindre; on a jugé néanmoins que le demandeur peut encore avoir gain de cause s'il peut prouver que les commentaires, *examinés subjectivement*, sont déloyaux parce que l'auteur était animé par la malice.

(Les italiques sont de moi.)

L'arrêt qui fait jurisprudence en matière de défense de commentaire loyal est *Merivale v. Carson*, précité. Dans cet arrêt, lord Esher, maître des rôles, a formulé un critère souvent appliqué depuis. Ce critère, que voici, est clairement objectif (p. 281):

[TRADUCTION] Le jury doit se poser la question suivante—une personne loyale, quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions, aurait-elle pu dire ce que contenait la critique de cette œuvre?

Dans l'affaire *Turner*, lord Porter a adopté ce critère avec la modification suivante (p. 461):

[TRADUCTION] Ces paroles de lord Esher, maître des rôles (20 Q.B.D. 281), dans l'arrêt *Merivale v. Carson*, souvent citées, vont dans le même sens:

¹⁹ [1950] 1 All E.R. 449.

²⁰ [1951] 1 K.B. 354.

“... would any fair man, however prejudiced he may be, however exaggerated or obstinate his views, have [written] this criticism ... ?”

I should adopt them except that I would substitute “honest” for “fair” lest some suggestion of reasonableness instead of honesty should be read in.

Thomas v. Bradbury, supra, is the case which definitely established that this objective test was supplemented by a subjective test of malice. Speaking for a unanimous Court of Appeal, Collins M.R., at p. 732, said that:

Proof of malice may take a criticism *prima facie* fair outside the right of fair comment, just as it takes a communication *prima facie* privileged outside the privilege.

In *Lyle-Samuel v. Odhams Ltd.*²¹, at p. 143, Scrutton L.J. repeated this principle, emphasizing that the first, *prima facie*, test of fairness is an objective test: “[I]n the case of fair comment, a comment, which may be objectively and *prima facie* fair, may become unfair if made with a malicious motive.” Or, as Mr. Justice Stephen said in *Hennessy v. Wright*²² at p. 577: “as to ‘fair comment,’ it turned upon the nature of the comments and not upon the feelings of the writer.”

A most helpful case on this matter is *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph, supra*, which concerned a newspaper’s defence of fair comment with respect to a letter it published. The main holding in the case was that a newspaper is not precluded from raising a defence of fair comment by the failure of the writer of a letter to come forward and plead his *bona fides*, or by the newspaper’s inability to prove affirmatively that the writer was not actuated by malice. In the *Lyon* case, the writer had given both a fictitious name and a fictitious address. There was no evidence of malice on the part of the newspaper itself. Scott L.J. clearly endorsed an objective test of fairness plus a subjective test of malice on the part of the defendant, saying, p. 319:

[F]airness of the comment contained in newspaper’s correspondence columns must be judged by its tenor,

²¹ [1920] 1 K.B. 135.

²² [1888], 4 T.L.R. 574.

«...une personne loyale, quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses prétentions, aurait-elle pu [écrire] cette critique...?»

J’y souscris, mais je substituerai «honnête» à «loyal» de crainte qu’on n’y trouve la notion du raisonnable plutôt que celle d’honnêteté.

L’arrêt *Thomas v. Bradbury*, précité, a définitivement établi qu’un critère subjectif de malice complète ce critère objectif. Parlant au nom de la Cour d’appel dont le jugement est unanime, le maître des rôles Collins a dit (à la p. 732):

[TRADUCTION] La preuve de la malice peut faire qu’une critique à première vue loyale ne soit pas considérée comme un commentaire loyal tout comme elle peut exclure de l’immunité une communication à première vue ainsi protégée.

Dans *Lyle-Samuel v. Odhams Ltd.*²¹, à la p. 143, le lord juge Scrutton a repris ce principe, soulignant que le premier critère apparent de loyauté est objectif: [TRADUCTION] «dans le cas de commentaire loyal, un commentaire qui objectivement et à première vue peut être loyal, peut devenir déloyal si le motif est empreint de malice». Comme l’a dit le juge Stephen dans *Hennessy v. Wright*²², à la p. 577: [TRADUCTION] «en matière de «commentaire loyal», tout dépend de la nature des commentaires et non des sentiments de l’auteur.»

Un arrêt très utile à cet égard est *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph*, précité: un journal avait invoqué la défense de commentaire loyal au sujet d’une lettre qu’il avait publiée. On a principalement jugé dans cette affaire que le défaut de l’auteur de la lettre de venir plaider sa bonne foi ou l’incapacité du journal de prouver que l’auteur n’était pas animé par la malice n’empêche pas le journal d’invoquer la défense de commentaire loyal. Dans cette affaire, l’auteur avait donné une adresse et un nom fictifs. Aucune preuve n’établissait que le journal avait agi avec malice. Le lord juge Scott a clairement retenu le critère objectif de la loyauté et le critère subjectif de la malice de la part du défendeur et a déclaré (à la p. 319):

[TRADUCTION] [L]a loyauté du commentaire publié sous la rubrique des lettres au rédacteur d’un journal

²¹ [1920] 1 K.B. 135.

²² (1888), 4 T.L.R. 574.

subject only to the proviso that the statements of fact upon which the comment is based are not untrue

[W]hilst malice or indirect motive may destroy the fairness of an apparently fair comment negligence does not. I hold, accordingly, that the letter itself in no way exceeded the bounds of fair comment on a matter which was obviously one of public interest, and that, on the facts in evidence, there was nothing to destroy the defendant newspaper's plea of fair comment.

In the course of his judgment, Scott L.J. made some significant comments on the publication of letters by newspapers, pp. 318-20:

I cannot accept the submission implied in the argument of counsel for the respondents before us, that there is a general rule of law making it the duty of every newspaper to verify the signature and address of the writer before publishing it; although it may be desirable on public grounds that, so far as is practicable, the newspaper should take such steps. In most cases, writers unknown to the newspaper establish their identity by enclosing a visiting card or a private note to the editor, but to hold as a matter of law, where that has not been done, that the absence of such verification of itself destroys the newspaper's plea of fair comment, would be to put upon newspapers a heavy burden—a burden so deterrent in practice as very much to reduce the valuable contribution to public discussion which results from a free publication of correspondence in the press. If the comment is in itself fair within the meaning of the law, and if the newspaper publishes it solely as [a] matter of public interest, I cannot see that any hardship is caused to the persons criticised, if the newspaper is able to succeed on its plea of fair comment; whereas, if the rule laid down by the judge were made general, a very heavy burden of contingent liability would be put upon the press—a burden which on balance does seem to me undesirable from the public point of view, and contrary to the principle of the existing law about fair comment. The reason why, once a plea of fair comment is established, there is no libel, is that it is in the public interest to have free discussion of matters of public interest. In the case of criticism in matters of art, whether music, painting, literature, or drama, where the private character of a person criticised is not involved, the freer criticism is, the better it will be for the aesthetic welfare of the public.

[The right of "fair comment"] is one of the fundamental rights of free speech and writing, which are so

doit être évaluée selon sa teneur, à la seule condition que les énoncés de fait sur lesquels le commentaire est fondé ne soient pas erronés. . . .

[B]ien que la malice ou un motif indirect puisse détruire la loyauté apparente d'un commentaire, la négligence n'a pas cet effet. En conséquence, je suis d'avis que la lettre ne dépasse pas en elle-même les limites du commentaire loyal sur une question manifestement d'intérêt public et que, compte tenu des faits mis en preuve, rien ne vient détruire la défense de commentaire loyal du journal défendeur.

Dans son jugement, le lord juge Scott a fait des commentaires importants sur la publication de lettres par les journaux (pp. 318 à 320):

[TRADUCTION] Je ne peux me rallier à la prétention qui découle de la plaidoirie de l'avocat de l'intimée devant nous. Il allègue qu'il existe une règle générale en droit qui oblige tout journal à vérifier la signature et l'adresse de l'auteur avant de publier sa lettre; certes, il peut être souhaitable, pour des motifs d'intérêt public, que les journaux, dans la mesure du possible, prennent ces mesures. Dans la plupart des cas, les auteurs inconnus du journal font état de leur identité en joignant à la lettre une carte de visite ou une note au rédacteur; mais décider qu'en droit, l'absence d'une telle vérification détruit la défense de commentaire loyal du journal équivaudrait à imposer aux journaux un lourd fardeau—un fardeau si dissuasif qu'il aurait pour effet pratique de diminuer largement la contribution précieuse apportée à la discussion publique par la publication libre des lettres dans la presse. Si le commentaire est en lui-même loyal au sens juridique et si le journal le publie uniquement à titre de question d'intérêt public, aucun préjudice n'est, à mon avis, causé aux personnes critiquées si le journal peut démontrer qu'il s'agit d'un commentaire loyal; alors que si la règle formulée par le juge était généralisée, un très lourd fardeau de responsabilité éventuelle serait imposé à la presse—un fardeau qui, à tout prendre, me semblerait déplorable du point de vue de l'intérêt public et contraire au principe de droit existant en matière de commentaire loyal. Il n'y a pas de libelle si la défense de commentaire loyal est établie, car il est dans l'intérêt public que les questions d'intérêt public soient librement débattues. En matière de critique d'art, que ce soit en musique, peinture, littérature ou théâtre, lorsque la réputation personnelle de l'individu critiqué n'est pas visée, la cause de l'esthétique sera d'autant mieux servie, du point de vue du public, que la critique sera libre.

[Le droit de faire des «commentaires loyaux»] constitue un des droits fondamentaux de la liberté d'expres-

dear to the British nation, and it is of vital importance to the rule of law upon which we depend for our personal freedom, that the courts should preserve the right of "fair comment" undiminished and unimpaired.

In the Court of Appeal decision in the present case, *Brownridge J.A.*, dissenting, relied strongly on the following statement also found in the judgment of *Scott L.J.* in *Lyon* at p. 318:

There is no question but that the comment contained in the letter represented the honest opinion of the "Daily Telegraph"; and at the trial no doubt was cast upon the complete belief of the newspaper that they were publishing a letter in which the writer was making a fair comment on a matter of public interest.

In the light of the above comments of *Scott L.J.* concerning the importance of free discussion on matters of public interest in the correspondence columns of newspapers, and his statement that the fairness of a comment must be judged by its tenor, it is inconceivable that he could have meant that comments in letters must represent the newspapers' own opinion. He must have meant that the newspaper honestly published the opinion "solely as a matter of public interest" and therefore did so without malice. This interpretation is consistent with earlier cases on the nature of malice, which *Scott L.J.* undoubtedly had in mind when making this statement. It is also consistent with the more felicitous expression of *Goddard L.J.* in the *Lyon* case, as follows, p. 320:

The words complained of in this case are contained in a letter addressed to and published by the defendants in their newspaper, and were a comment on a stage production of the plaintiffs. It is not contended that the comment in its terms exceeds the limits of fair and honest criticism . . . Here there was no evidence of malice and the criticism itself contains none.

Understood in this way, *Scott L.J.*'s statement fits well with his other comments as well as previous authority.

sion orale et écrite si chère au cœur des Britanniques et il est d'une importance vitale pour le principe de la légalité sur lequel se fonde notre liberté individuelle que les tribunaux préservent entier et intact le droit de faire des «commentaires loyaux».

Dans sa dissidence en Cour d'appel en l'espèce, le juge *Brownridge* s'est fortement appuyé sur l'affirmation suivante, tirée également du jugement du lord juge *Scott* dans l'affaire *Lyon* (à la p. 318):

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le commentaire dans la lettre exprimait l'opinion honnête du «Daily Telegraph»; et au procès il ne fut aucunement mis en doute que le journal avait la conviction de publier une lettre dans laquelle l'auteur faisait un commentaire loyal sur une question d'intérêt public.

Compte tenu de l'analyse précitée du lord juge *Scott* sur l'importance de la discussion libre des questions d'intérêt public par les lettres au rédacteur de journaux et de sa déclaration que la loyauté d'un commentaire doit être évaluée selon sa teneur, il est inconcevable qu'il ait pu vouloir dire que les commentaires faits dans ces lettres doivent correspondre à l'opinion même des journaux. Il voulait sûrement dire que le journal avait publié honnêtement l'opinion en cause [TRADUCTION] «à titre de question d'intérêt public seulement» et l'avait donc fait sans malice. Cette interprétation est compatible avec des arrêts antérieurs sur la nature de la malice que le lord juge *Scott* avait sans aucun doute à l'esprit lorsqu'il a fait cette déclaration. Elle est également compatible avec la formule plus heureuse du lord juge *Goddard* dans l'arrêt *Lyon* (à la p. 320):

[TRADUCTION] Les termes contestés ici font partie d'une lettre adressée à la défenderesse et publiée dans son journal et constituent un commentaire sur une pièce montée par les demandeurs. Il n'est pas allégué que les termes du commentaire outrepassent les limites de la critique loyale et honnête. . . Il n'y avait dans ce cas-ci aucune preuve de malice et le commentaire lui-même en est exempt.

Vu de cette façon, l'énoncé du lord juge *Scott* s'accorde bien avec ses autres commentaires et la jurisprudence antérieure.

In the well-known case of *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*²³, the following passage, embodying an objective test, was included in the charge of Diplock J. to the jury, p. 520:

Could a fair-minded man, holding a strong view, holding perhaps an obstinate view, holding perhaps a prejudiced view—could a fair-minded man have been capable of writing this? That is a totally different question from the question: Do you agree with what he said?

So in considering this case, members of the jury, do not apply the test of whether you agree with it. If juries did that, freedom of speech, the right of the crank to say what he likes, would go. Would a fair-minded man holding strong views, obstinate views, prejudiced views, have been capable of making this comment? If the answer to that is yes, then your verdict in this case should be a verdict for the defendants. Such a verdict does not mean that you agree with the comment. All it means is that you think that a man might honestly hold those views on those facts.

This Court has already implicitly accepted that the primary test is an objective one: see the judgment of Davies J. in *Bulletin Co. Ltd. v. Sheppard*²⁴, at pp. 461-2, where he says:

In construing that article and forming a conclusion as to what is really meant, one must place oneself in the position of a resident of Edmonton to whom it was specially addressed on the then eve of an election for mayor and aldermen for the then coming year. One must ask oneself in view of the then existing proved conditions in civic matters, of Judge Scott's report, of the evidence given at the trial and of all other surrounding circumstances, whether, as the trial judge found, the article did not go beyond what, in the extraordinary and unfortunate civic circumstances, was fair and legitimate criticism or had crossed the line as the Appeal Court found and become libellous. But in forming one's conclusion, one must not confine one's mind to the *ipsis-sima verba* of the extract from the article in question found to be libellous but upon the language of the article as a whole and in the light of all the surrounding conditions and circumstances.

This objective test is subject, of course, to malice on the part of the defendant: see *Winnipeg Steel*

Dans l'affaire bien connue *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*²³, l'extrait suivant, qui traite d'un critère objectif, faisait partie de l'exposé du juge Diplock au jury (à la p. 520):

[TRADUCTION] Une personne impartiale—opiniâtre, voire obstinée ou peut-être même préjugée—aurait-elle pu écrire cela? Ce n'est pas du tout la même chose que de demander: Êtes-vous d'accord avec ce qu'elle a dit?

Ainsi, membres du jury, lorsque vous examinerez la présente affaire, ne vous demandez pas si vous êtes d'accord avec ce qui est dit. Si les jurés faisaient cela, la liberté d'expression, le droit de l'original de dire ce qu'il veut, disparaîtraient. Une personne impartiale, opiniâtre, obstinée, préjugée, aurait-elle pu faire ce commentaire? Si vous répondez oui à cette question, votre verdict sera dans ce cas en faveur des défendeurs. Ce qui ne veut pas dire que vous êtes d'accord avec le commentaire mais simplement que vous estimez que quelqu'un pouvait honnêtement avoir cette opinion vu les faits.

Cette Cour a déjà implicitement admis que le premier critère est objectif: voir le jugement du juge Davies dans l'affaire *Bulletin Co. Ltd. c. Sheppard*²⁴ (aux pp. 461 et 462):

[TRADUCTION] Pour interpréter cet article et en arriver à déterminer ce qu'il veut vraiment dire, il faut se mettre dans la peau d'un habitant d'Edmonton à qui il s'adressait, la veille de l'élection d'un maire et de conseillers municipaux pour l'année suivante. Il faut se demander s'il est vrai que, compte tenu de l'état des affaires municipales à ce moment-là, qui a été prouvé, du rapport du juge Scott, de la preuve produite au procès et de toutes les autres circonstances connexes, l'article n'outre-passe pas, comme l'a jugé le juge de première instance, ce qui, dans les circonstances extraordinaires et regrettables qui prévalaient dans la municipalité, constituait une critique loyale et légitime ou si, au contraire, selon l'opinion de la Cour d'appel, l'article dépasse la mesure et est donc diffamatoire. Mais pour se former une opinion, il ne faut pas se limiter au texte de l'extrait de l'article en cause qui a été jugé diffamatoire, mais tenir compte de l'ensemble de l'article et de toutes les conditions et circonstances connexes.

Ce critère objectif est sous réserve de la malice du défendeur: voir *Winnipeg Steel Granary and Cul-*

²³ [1958] 2 All E.R. 516.

²⁴ (1917), 55 S.C.R. 454.

²³ [1958] 2 All E.R. 516.

²⁴ (1917), 55 R.C.S. 454.

*Granary and Culvert Co. v. Canada Ingot Iron Culvert Company*²⁵.

VII

Various texts dealing with defamation, in addition to those noted above, also support the existence of a two-stage test, of objective fairness plus the question of malice: see, for example, *Salmond on Torts* (17th ed.) (1977), at pp. 187-8:

The burden of proving that a comment is fair is on the defendant. He must establish that the facts upon which the comment is based are true, and that the comment thereupon is warranted in the sense that it is such as might be made by an honest man. Once the defendant has established that in this sense the comment is fair, the onus is shifted to the plaintiff if he wishes to prove that the *prima facie* protection is displaced by the presence of malice in the defendant.

(Footnote omitted.)

Again, it will be noted that the burden of proof of malice rests upon the plaintiff. See also Fleming, *The Law of Torts*, (5th ed.) (1977), at pp. 579-81:

The comment must be fair in order to qualify for protection, but fairness is not synonymous with truth or even reasonableness. The test is not whether reasonable men might disagree with the comment, but whether they might reasonably regard the opinion as one that no fair-minded man could have formed or expressed.

[I]t is now settled that the defence is forfeited even in the absence of malice, if the comment exceeds the limits of fairness. In *Thomas v. Bradbury*, however, the Court of Appeal partially reverted to the older view by holding that comment which is *prima facie* fair may lose its protection by proof of malice. This conclusion is hard to justify, since fairness would seem to have reference to the criticism, not the state of mind of the critic. Against this, however, it has been urged that, if there is malice, the mind of the writer would not be that of a critic; and that, from the point of view of policy, while it is undoubtedly in the public interest that public matters should be open to comment, it is not in the public interest to allow dishonest comment or comment inspired by personal motives of spite.

(Footnotes omitted.)

²⁵ (1912), 3 W.W.R. 356 (Man. C.A.).

*vert Co. v. Canada Ingot Iron Culvert Company*²⁵.

VII

Plusieurs ouvrages qui traitent de la diffamation, en sus de ceux déjà cités, étayaient également l'existence d'un critère en deux temps, la loyauté objective et la malice: voir par exemple *Salmond on Torts* (17^e éd.) (1977), aux pp. 187 et 188:

[TRADUCTION] Il incombe au défendeur de prouver qu'un commentaire est loyal. Il doit établir que les faits sur lesquels se fonde le commentaire sont exacts et que le commentaire est justifié, c'est-à-dire qu'il aurait pu être fait par une personne honnête. Une fois que le défendeur a établi que le commentaire est loyal dans ce sens, la charge de la preuve est alors imposée au demandeur s'il veut prouver que la protection accordée à première vue est écartée en raison de la malice du défendeur.

(Renvoi en bas de page retranché.)

Il convient de noter encore une fois que le fardeau de la preuve de la malice incombe au demandeur. Voir également Fleming, *The Law of Torts*, (5^e éd.) (1977), aux pp. 579 à 581:

[TRADUCTION] Le commentaire doit être loyal pour bénéficier de la protection, mais loyal n'est pas synonyme d'exact ni même de raisonnable. Il ne s'agit pas de savoir si des personnes raisonnables peuvent être en désaccord avec le commentaire, mais plutôt si elles peuvent raisonnablement considérer qu'une personne de bonne foi n'aurait pu former ou exprimer l'opinion émise.

[I]l est maintenant établi que la défense n'est pas valide, même en l'absence de malice, si le commentaire outrepassé les limites de la loyauté. Cependant, dans l'arrêt *Thomas v. Bradbury*, la Cour d'appel est partiellement revenue à une opinion antérieure en jugeant qu'un commentaire à première vue loyal peut perdre sa protection s'il y a preuve de malice. Cette conclusion se justifie difficilement puisque la loyauté semble se rapporter au sens critique, non à l'état d'esprit du critique. Cependant, on a prétendu à l'encontre que s'il y a malice, l'état d'esprit de l'auteur n'est pas celui d'un critique; et qu'en principe, bien qu'il soit sans aucun doute dans l'intérêt public de permettre de commenter ouvertement les questions d'intérêt public, il ne l'est pas de permettre des commentaires malhonnêtes ou inspirés par l'animosité personnelle.

(Renvoi en bas de page retranché.)

²⁵ (1912), 3 W.W.R. 356 (C.A. Man.).

Further support for the two-test theory, and the view that the subjective test is the question of malice, is to be found in Carter-Ruck, *Libel and Slander*, (1972), where the following passage appears, p. 126, under the heading "Defences—Malice":

DEFENCES

Malice

If, considered objectively, the comment is fair comment the second, subjective, question 'Did the defendant honestly hold the opinion which he has expressed?', then has to be considered.

The question of the honest belief of the defendant may be of relevance if and when the question of malice, proof of which rests upon the plaintiff, arises, but in the case at bar malice on the part of the defendants has been held by the trial judge, and accepted by counsel for the plaintiff, to be no longer an issue.

VIII

There is no doubt that the objective limits of fairness are very wide. The best compendious statement of the principles to be applied in determining whether a comment is fair is probably the following passage from the summing up in *Stopes v. Sutherland*²⁶ by Lord Heward C.J. (found in House of Lords, Printed Cases, 1924, at p. 375, and quoted in *Gatley*, pp. 310-11, para. 732):

What is it that fair comment means? It means this—and I prefer to put it in words which are not my own; I refer to the famous judgment of Lord Esher M.R. in *Merivale v. Carson*: 'Every latitude,' said Lord Esher, 'must be given to opinion and to prejudice, and then an ordinary set of men with ordinary judgment must say [not whether they agree with it, but] whether any fair man would have made such a comment. . . Mere exaggeration, or even gross exaggeration, would not make the comment unfair. However wrong the opinion expressed may be in point of truth, or however prejudiced the writer, it may still be within the prescribed limit. The question which the jury must consider is this—would any fair man, however prejudiced he may be, however exaggerated or obstinate his views, have

²⁶ [1925] A.C. 47.

La théorie du double critère et l'opinion que le critère subjectif est celui de la malice sont étayées par Carter-Ruck, *Libel and Slander*, (1972), d'où est tiré l'extrait suivant (p. 126) intitulé [TRADUCTION] «Défenses—Malice»:

DÉFENSES

Malice

Si, objectivement, le commentaire est loyal, il faut passer alors à la seconde question, subjective celle-là, «L'opinion exprimée par le défendeur était-elle honnêtement la sienne?»

La conviction honnête du défendeur peut être pertinente si la question de la malice, dont la preuve incombe au demandeur, est soulevée, mais en l'espèce, le juge du procès a jugé que la seconde question de la malice des défendeurs n'était plus en litige, ce que l'avocat du demandeur a accepté.

VIII

Il est certain que les limites objectives de la loyauté sont très larges. L'énoncé le plus concis des principes applicables pour déterminer si un commentaire est loyal est probablement cet extrait de l'exposé du juge en chef lord Heward au jury dans l'affaire *Stopes v. Sutherland*²⁶ (House of Lords, Printed Cases, 1924, à la p. 375) et cité dans *Gatley* (aux pp. 310 et 311, par. 732):

[TRADUCTION] Qu'entend-on par commentaire loyal? Je préfère ne pas en donner une définition personnelle et citer le célèbre jugement de lord Esher, maître des rôles, dans l'affaire *Merivale v. Carson*: «Les idées et les opinions préconçues doivent pouvoir circuler et un groupe typique de personnes de bon sens doit décider [non s'il est d'accord, mais] si une personne honnête aurait pu faire ce commentaire. . . Une simple exagération, ou même une exagération grossière, ne rend pas le commentaire déloyal. Même si l'opinion exprimée est erronée ou si l'auteur a des préjugés, le commentaire peut rester malgré tout les limites prescrites. Le jury doit se poser la question suivante—une personne loyale, quelle que soit la force de ses préjugés, de ses convictions ou de ses préventions, aurait-elle pu écrire cette criti-

²⁶ [1925] A.C. 47.

said that which this criticism has said?' Again, as Bray J. said in *R. v. Russell*: 'When you come to a question of fair comment you ought to be extremely liberal, and in a matter of this kind—a matter relating to the administration of the licensing laws—you ought to be extremely liberal, because it is a matter on which men's minds are moved, in which people who do know, entertain very, very strong opinions, and if they use strong language every allowance should be made in their favour. They must believe what they say, but the question whether they honestly believe it is a question for you to say. If they do believe it, and they are within anything like reasonable bounds, they come within the meaning of fair comment. If comments were made which would appear to you to have been exaggerated, it does not follow that they are not perfectly honest comments.' That is the kind of maxim which you may apply in considering whether that part of this matter which is comment is fair. Could a fair-minded man, holding a strong view, holding perhaps an obstinate view, holding perhaps a prejudiced view—could a fair-minded man have been capable of writing this?—which, you observe, is a totally different question from the question, Do you agree with what he has said?

As a result of the breadth of the scope of fairness when considered objectively, the issue in most cases concerns whether the defendant published the comment maliciously. Lord Denning recognized this fact in *Slim v. Daily Telegraph*, *supra*, at p. 503 in a passage which, although some statements seem to go far, does express the importance of free discussion in the correspondence columns of newspapers:

In considering a plea of fair comment, it is not correct to canvass all the various imputations which different readers may put on the words. The important thing is to determine whether or not the writer was actuated by malice. If he was an honest man expressing his genuine opinion on a subject of public interest, then no matter that his words conveyed derogatory imputations: no matter that his opinion was wrong or exaggerated or prejudiced; and no matter that it was badly expressed so that other people read all sorts of innuendos into it; nevertheless, he has a good defence of fair comment. His honesty is the cardinal test. He must honestly express his real view. So long as he does this, he has nothing to fear, even though other people may read more into it, see *Turner (otherwise Robertson) v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures, Ltd.* per Lord Porter and *Silkin v. Beaverbrook Newspapers, Ltd.* per Diplock, J. I stress

que?» Encore une fois, comme l'a dit le juge Bray dans *R. v. Russell*: «En matière de commentaire loyal, on doit être extrêmement libéral et dans une affaire de ce genre—en l'occurrence, l'application des règles sur les permis—on doit être extrêmement libéral parce qu'il s'agit d'une question qui passionne l'opinion publique et sur laquelle les personnes qui s'y intéressent ont des opinions très, très arrêtées et si elles s'emportent, il faudra faire preuve de tolérance. Elles doivent croire en ce qu'elles disent, mais c'est à vous de dire si elles y croyaient honnêtement. Si elles le croient effectivement et demeurent dans des limites raisonnables, leurs paroles répondent à la définition de commentaire loyal. Même si les commentaires vous semblent exagérés, cela ne signifie pas que ces commentaires ne sont pas tout à fait honnêtes.» C'est ce genre de maxime que vous pouvez appliquer pour déterminer si ce qui constitue un commentaire est loyal. Une personne impartiale—opiniâtre voire obstinée ou peut-être préjugée—cette personne impartiale aurait-elle pu écrire cela? Comme vous pouvez le constater, ce n'est pas du tout la même chose que de demander: Êtes-vous d'accord avec ce qu'elle a dit?

Compte tenu de l'étendue de ce que l'on peut qualifier objectivement de loyal, il faut se demander dans la plupart des cas si le défendeur a publié le commentaire dans un but malveillant. Lord Denning a reconnu ce fait dans l'arrêt *Slim v. Daily Telegraph*, précité, dans un passage qui, tout en allant loin sous certains aspects, souligne l'importance de la discussion libre dans les colonnes des journaux réservées aux lettres de lecteurs (à la p. 503):

[TRADUCTION] Face à une défense de commentaire loyal, il ne faut pas examiner toutes les imputations que différents lecteurs peuvent déceler dans ces mots. L'important est de déterminer si l'auteur était animé par la malice. S'il s'agit d'une personne honnête qui exprime son opinion réelle sur un sujet d'intérêt public, peu importe que ses paroles véhiculent des allégations péjoratives, que son opinion soit erronée, exagérée ou empreinte de préjugés ou qu'elle soit mal formulée de sorte que des tiers y décèlent toute sorte d'insinuations; cette personne peut néanmoins se prévaloir de la défense de commentaire loyal. Son honnêteté est le principal critère. Elle doit exprimer honnêtement son véritable point de vue. Aussi longtemps qu'elle le fait, elle n'a rien à craindre même si d'autres personnes peuvent y voir autre chose; voir les arrêts *Turner (otherwise Robertson) v. Metro-Goldwyn-Mayer Pictures, Ltd.*, lord Porter et

this because the right of fair comment is one of the essential elements which go to make up our freedom of speech. We must ever maintain this right intact. It must not be whittled down by legal refinements. When a citizen is troubled by things going wrong, he should be free to "write to the newspaper": and the newspaper should be free to publish his letter. It is often the only way to get things put right. The matter must, of course, be one of public interest. The writer must get his facts right: and he must honestly state his real opinion. But that being done, both he and the newspaper should be clear of any liability. They should not be deterred by fear of libel actions.

IX

If the plaintiff does prove that the writer was activated by malice, is the defence of fair comment destroyed for subsequent publishers? While there is authority both ways, in my opinion the answer is in the negative. Malice concerns the subjective state of the defendant. As such it is an issue particular to the defendant alone.

In *Egger v. Viscount Chelmsford*²⁷, at p. 265, Lord Denning M.R. said:

If the plaintiff seeks to rely on malice . . . to cause a comment, otherwise fair, to become unfair, then he must prove malice against each person whom he charges with it. A defendant is only affected by express malice if he himself was actuated by it; or if his servant or agent concerned in the publication was actuated by malice in the course of his employment.

This statement was preferred by the English *Faulks Commission on Defamation* (1975, Cmd. 5909, at pp. 70-71) to the contrary opinion of Davies L.J. in *Egger's* case.

In *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph, supra*, it was not necessary to decide the issue because malice on the part of the writer was not established, but Scott L.J. nevertheless said at p. 319:

It is unnecessary to consider how far the rule, that the fairness of comment may be destroyed by any oblique motive, extends, where it is the defendant's own motives which are concerned; but, assuming that comment ins-

²⁷ [1965] 1 Q.B. 248.

Silkin v. Beaverbrook Newspapers, Ltd., le juge Diplock. J'insiste là-dessus parce que le droit de faire des commentaires loyaux est un des éléments essentiels de notre liberté d'expression. Nous devons absolument préserver ce droit intact. Il ne doit pas être rogné par des subtilités juridiques. Lorsqu'un citoyen pense que les choses vont mal, il doit pouvoir «écrire au journal» et le journal doit pouvoir publier sa lettre. C'est souvent le seul moyen de rétablir les choses. Il doit cependant s'agir d'une question d'intérêt public. L'auteur doit énoncer les faits correctement et il doit exprimer honnêtement sa véritable opinion. Dans ce cas, lui et le journal se trouvent dégagés de toute responsabilité. La crainte d'une action en libelle ne devrait pas les empêcher d'agir.

IX

Si le demandeur prouve que l'auteur était animé par la malice, les éditeurs qui publient sa lettre perdent-ils ainsi le droit d'invoquer la défense de commentaire loyal? La jurisprudence appuie les deux thèses, mais il faut répondre à mon avis par la négative. La malice se rapporte à l'état subjectif du défendeur. A ce titre, c'est une question qui concerne uniquement le défendeur.

Dans *Egger v. Viscount Chelmsford*²⁷, lord Denning, maître des rôles, a dit (à la p. 265):

[TRADUCTION] Si le demandeur cherche à se fonder sur la malice . . . pour montrer qu'un commentaire, par ailleurs loyal, est devenu déloyal, il doit alors prouver la malice de chaque personne qu'il accuse. La malice expresse ne peut être retenue contre le défendeur que si elle constitue le motif de son acte ou de celui de son employé ou agent qui s'occupe de la publication.

La *Faulks Commission on Defamation* anglaise (1975, Cmd. 5909, aux pp. 70 et 71) a adopté ce point de vue plutôt que l'opinion contraire du lord juge Davies énoncée dans *Egger*.

Dans l'arrêt *Lyon and Lyon v. Daily Telegraph*, précité, la cour n'avait pas à se prononcer sur cette question parce qu'il n'avait pas été établi que l'auteur avait fait preuve de malice, mais le lord juge Scott a néanmoins affirmé (à la p. 319):

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire d'examiner la portée de la règle voulant que tout motif indirect détruit la loyauté du commentaire lorsque c'est la motivation du défendeur qui est en cause; mais si l'on

²⁷ [1965] 1 Q.B. 248.

pired by indirect, improper or private motives *ipso facto* ceases to be fair, and that the writer of such a letter to a newspaper will, when sued for libel, have put himself outside the pale of the defence of fair comment, it does not necessarily follow, as contended by counsel for the respondents, that, if he is made co-defendant with the newspaper, the newspaper also will lose its defence of fair comment.

In *Hennessy v. Wright (No. 2)*²⁸, Lord Esher M.R. supported the position that malice is a question particular to each defendant alone. He said, p. 447:

What must be shewn is, that the defendant was malicious, and to shew that his reformants were malicious is not evidence that he was malicious.

This position is also supported in the leading case on malice, *Thomas v. Bradbury, supra*, per Collins M.R. at p. 732:

The right, though shared by the public, is the right of every individual who asserts it, and is, *qua* him, an individual right whatever name it be called by, and comment by him which is coloured by malice cannot from his standpoint be deemed fair. He and he only is the person in whose motives the plaintiff in the libel action is concerned.

Fleming, in *The Law of Torts*, says at p. 581:

One person's malice cannot be properly imputed to another so as to defeat his defence of fair comment any more than in the analogous case, already considered, of qualified privilege. Accordingly, if the comment is otherwise fair, the malice of one publisher does not prejudice another, except when he would be vicariously liable for the first on ordinary principles of agency.

(Footnotes omitted.)

Thus, I would conclude that a defendant should succeed on a defence of fair comment if he shows that the comment was objectively fair and the plaintiff does not establish malice on the part of this individual defendant.

These principles of law apply alike to all defendants. It is clear that no wider or different rule is necessary for newspapers.

²⁸ (1888), 24 Q.B.D. 445n.

présume que le commentaire inspiré par des motifs indirects, illicites ou personnels cesse de ce fait d'être loyal et que l'auteur d'une telle lettre envoyée à un journal ne pourra plus invoquer la défense de commentaire loyal contre une action en libelle, il ne s'ensuit pas nécessairement, comme le prétend l'avocat de l'intimée, que s'il devient codéfendeur avec le journal, ce dernier perdra également le droit d'invoquer la défense de commentaire loyal.

Dans l'arrêt *Hennessy v. Wright (No. 2)*²⁸, lord Esher, maître des rôles, a soutenu que la malice doit être analysée par rapport à chaque défendeur séparément. Il a dit à la p. 447:

[TRADUCTION] On doit démontrer que le défendeur était malveillant et démontrer que ses informateurs l'étaient ne fait pas preuve de sa propre malice.

Cette thèse est aussi appuyée par l'arrêt *Thomas v. Bradbury*, précité, qui fait autorité sur la question de la malice, où le juge Collins, maître des rôles, dit à la p. 732:

[TRADUCTION] Ce droit, bien que partagé par le public, appartient à chaque individu qui le revendique; c'est un droit individuel, quel que soit le nom qu'il porte, et le commentaire teinté de malice ne peut, de son point de vue, être considéré comme loyal. Il est la seule personne dont les motifs importent au demandeur dans l'action en libelle.

Dans *The Law of Torts*, Fleming dit (à la p. 581):

[TRADUCTION] La malice d'une personne ne peut être imputée à une autre de façon à faire échouer sa défense de commentaire loyal, pas plus que dans le cas semblable, déjà examiné, d'immunité relative. En conséquence, si le commentaire est par ailleurs loyal, la malice d'un éditeur ne porte pas préjudice à un autre éditeur, sauf lorsqu'il peut être tenu responsable à la place du premier suivant les principes ordinaires de la représentation.

(Renvois en bas de page retranchés.)

En conséquence, je suis d'avis que la défense de commentaire loyal donne gain de cause au défendeur s'il démontre que le commentaire était objectivement loyal et le demandeur n'établit pas la malice du défendeur concerné.

Ces principes de droit s'appliquent de la même façon à tous les défendeurs. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer aux journaux une règle moins stricte ou différente.

²⁸ (1888), 24 Q.B.D. 445n.

On the facts of the present case, it is equally clear that, in light of the principles I have enunciated, the trial judge should have left the issue of fair comment to the jury.

X

The appellant raises several subsidiary points. The first is whether the statements were reasonably capable of being construed as comment. Neither Court below held that the statements complained of could not be construed as comment. A statement that a person's attitude is "racist," or "unbecoming," is clearly capable of being classified as comment rather than fact. Certain facts forming the foundation of this opinion are of course implied but, where the main thrust of the statement is capable of being construed as opinion, it is up to the jury to determine just what is actually opinion.

The second question is whether the statements were capable of defaming the appellant directly, and by innuendo, in his capacity as a lawyer. The issue of law is whether the statement is capable of this construction, as it is a question for the jury whether in fact it is. In my opinion, this question was properly put to the jury. Everyone who is an alderman has another occupation. The fact that a statement says that he should carry these qualities into his public duties does not suddenly rob the statement of its quality of being in a matter of public interest. Put more simply, the fact that a statement about a person's work as a public official, or his position on a public matter, reflects on himself as a private individual does not mean that the statement is not one on a matter of public interest. Such statements will generally reflect on the individual in several aspects. Even if the statement defamed the appellant by innuendo, the respondents still have a defence if the statement was fair comment on a matter of public interest. We are back again at the defence of fair comment, and not whether the appellant's reputation was damaged.

The third subsidiary question is whether the statements were on a matter of public interest so

Compte tenu des faits en l'espèce, il est clair également que, selon les principes que j'ai énoncés, le juge de première instance aurait dû soumettre au jury la question du commentaire loyal.

X

L'appelant a soulevé plusieurs points subsidiaires. Le premier est de savoir si les déclarations pouvaient raisonnablement être qualifiées de commentaires. Aucune cour d'instance inférieure n'a jugé que les déclarations contestées ne pouvaient pas l'être. Affirmer que l'attitude d'une personne est «raciste» ou «indigne» est clairement plus un commentaire qu'un fait. Certains faits étayant cette opinion sont naturellement implicites, mais lorsque l'essentiel de la déclaration peut être qualifié d'opinion, il revient au jury de déterminer ce qui constitue réellement une opinion.

La deuxième question est de savoir si les déclarations étaient susceptibles de diffamer l'appelant, directement et par insinuation, en sa qualité d'avocat. La question de droit est de savoir si l'affirmation est susceptible de pareille interprétation et il incombe au jury d'y répondre. A mon avis, cette question lui a été posée à bon droit. Le conseiller municipal a toujours une autre occupation. Le fait qu'une déclaration précise qu'il doit user de ses qualifications dans l'exercice de ses fonctions publiques ne lui enlève pas subitement son caractère de question d'intérêt public. Plus simplement, ce n'est pas parce qu'une déclaration relative au travail d'une personne en tant que fonctionnaire public, ou à sa position sur une question d'intérêt public, le vise aussi en tant que personne privée qu'il faut conclure que cette déclaration n'est pas d'intérêt public. La personne visée subit généralement les contre-coups de pareilles déclarations. Même si elle diffame l'appelant par insinuation, les intimés disposent d'un moyen de défense si la déclaration constitue un commentaire loyal sur une question d'intérêt public. Nous revenons donc à la défense de commentaire loyal et non à la question de savoir si l'on a nui à la réputation de l'appelant.

La troisième question subsidiaire est de savoir si les déclarations portent sur une question d'intérêt

as to be capable of protection as being fair comment. The statements in question concerned the appellant's opposition as an alderman to the establishment of an alcohol centre for native people. It stated that certain aspects of the position he took were incorrect interpretations of the operation of zoning legislation, particularly with respect to the onus of proof that the existing use is permitted or forbidden. In effect, it stated that his position was inconsistent with that which a person with legal training should, in the opinion of the writers, take toward this issue. The important point is that the statement was a comment on the proposed alcohol centre. This is a matter of undoubted public interest, whether the statement is that the plaintiff should not be making certain remarks as a lawyer, priest, or whatever. The question of whether a comment is one on a matter of public interest must be clearly distinguished from the question of whether it is defamatory. The statement here may well be defamatory (again a question for the jury) but, even if it is defamatory, it is not actionable if the person publishing the statement has a good defence such as fair comment.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, SPENCE, DICKSON and ESTEY JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Gauley, Dierker & Dahlem, Saskatoon.

Solicitors for the defendants, respondents: McKercher, McKercher, Stack, Korchin & Laing, Saskatoon.

public et bénéficient à ce titre de la protection accordée au commentaire loyal. Elles se rapportent à l'opposition de l'appelant, en tant que conseiller municipal, à l'implantation d'un centre pour les autochtones alcooliques. La lettre affirme que certains aspects de la thèse qu'il défend constituent une interprétation erronée de l'effet des règlements de zonage, particulièrement sur le fardeau de prouver si l'usage existant est permis ou interdit. En effet, elle affirme que son opinion était incompatible avec celle qu'aurait dû adopter, selon les auteurs, une personne ayant une formation juridique. L'important est que la déclaration constitue un commentaire sur le centre projeté. Ceci est sans aucun doute une question d'intérêt public, même si la déclaration porte que le demandeur n'aurait pas dû faire certaines remarques en tant qu'avocat, prêtre ou autre. La question de savoir si un commentaire porte sur une question d'intérêt public doit être clairement différenciée de celle de savoir s'il est diffamatoire. La déclaration en cause peut très bien être diffamatoire (question qui relève aussi du jury), mais, si elle l'est, elle n'est pas passible de poursuite si la personne qui la publie peut invoquer la défense de commentaire loyal.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges SPENCE, DICKSON et ESTEY étant dissidents.

Procureurs du demandeur, appelant: Gauley, Dierker & Dahlem, Saskatoon.

Procureurs des défendeurs, intimés: McKercher, McKercher, Stack, Korchin & Laing, Saskatoon.