

**Tom McLoughlin** (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**Dr. William Kutasy** (*Defendant*) *Respondent*.

1978: November 8, 9; 1979: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Libel and slander — Action for libel — Verdict of appellant at trial reversed in Court of Appeal — Qualified privilege — Fair comment — Terminology of Project Physician in report to government department — Answers given by jury — Justification for disturbing findings of jury — Aspects of jury's answers unreasonable in the circumstances.*

The respondent is a doctor who was retained as a "Project Physician" by a general construction company which employed personnel under compressed air conditions. In April 1972 appellant applied to the company for employment under such conditions. Before accepting candidates for this type of work it was necessary that they be examined by the "Project Physician" who was required to make a report to the Department of Labour, Construction Safety Branch. Three other candidates applied and were accepted after medical reports by the respondent but the appellant was rejected after a brief interview with the Doctor . . . on grounds of psychopathic personality (episode of fabrication decompression illness)—in great detail November 19th, 1971 approx. This man would be dangerous and the entire safety of a project would be endangered . . . with this sort of behaviour. . . ." The circumstances of the episode of fabrication were that in 1967 the appellant had suffered from the decompression illness commonly referred to as "the bends". In November 1971, when in prison and unable to arrange bail, he complained that he was suffering from "the bends" and was transferred to hospital. Having experience in this field Dr. Kutasy was called. The Doctor did not however see the appellant whose complaint was entirely fabricated and who left the hospital before the Doctor arrived. The incident is also relied on by the appellant as supporting the contention that the Doctor was prejudiced against him and that his report was activated by malice.

*Held* (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

**Tom McLoughlin** (*Demandeur*) *Appelant*;

et

**D<sup>r</sup> William Kutasy** (*Défendeur*) *Intimé*.

1978: 8, 9 novembre; 1979: 20 mars.

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 L'ONTARIO

*Diffamation — Action en diffamation — Verdict favorable à l'appelant en première instance infirmé en Cour d'appel — Immunité-relative — Commentaire loyal — Terminologie employée par le médecin d'entreprise dans son rapport au ministère du gouvernement — Réponses du jury — Motifs de rejet des conclusions du jury — Caractère déraisonnable des réponses du jury.*

L'intimé est un médecin dont les services ont été retenus à titre de «médecin d'entreprise» par une compagnie de construction générale qui recrutait des employés pour travailler dans l'air comprimé. Au mois d'avril 1972, l'appelant a sollicité ce genre d'emploi auprès de la compagnie. Avant d'être acceptés pour ce genre de travail, les candidats devaient être examinés par le «médecin d'entreprise» qui devait soumettre un rapport au ministère du Travail, Division de la sécurité dans la construction. Trois autres candidats ont postulé et ont été acceptés après examen médical par l'intimé, mais l'appelant a été refusé après une brève entrevue avec le médecin . . . en raison d'une personnalité psychopathique (épisode de simulation d'aéroembolisme)—avec force détails vers le 19 novembre 1971. Cette homme serait dangereux et ce genre de comportement compromettrait la sécurité de travaux effectués . . . » Les circonstances de l'affaire de simulation sont qu'en 1967, l'appelant avait souffert d'aéroembolisme, communément appelé «maladie des caissons». En novembre 1971, alors qu'il était en prison et qu'il ne pouvait bénéficier de la libération sous cautionnement, il s'est plaint qu'il souffrait de la «maladie des caissons» et il fut transféré à l'hôpital. On appela le D<sup>r</sup> Kutasy en raison de son expérience dans ce domaine. Cependant, le médecin n'a pas vu l'appelant qui, ayant complètement forgé sa plainte, quitta l'hôpital avant son arrivée. L'appelant s'appuie aussi sur cet incident pour prétendre que le médecin avait des préjugés à son égard et que c'est par malice qu'il a préparé ce rapport.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ.:* The allegation that the documents complained of contain fair comment and true statements does not constitute a plea of fair comment in the accepted sense of that term. An essential ingredient of that defence is that the comment was made on a matter of public interest and the customary form of pleading in this regard is to state that the words were fair comment made in good faith and without malice upon a matter of public interest. Here the comment was made by the respondent in the discharge of his duties as "Project Physician". While the defence of fair comment has no application the allegation that the documents were written on an occasion of qualified privilege stands on an entirely different footing. The report made by the respondent was written to a government department and was therefore written on an occasion of qualified privilege. This was a finding of the trial judge and was not challenged. The statements therefore could only be actionable on proof of malice. The real sting of the alleged libel was that the appellant was disqualified "on grounds of psychopathic personality", a statement which the jury found to be one of fact and to have been proved to be true. While accepting the sanctity to be associated with the finding of a jury it was not reasonable to suppose that as a result of the fabrication episode the doctor would be motivated by malice in rendering some months later a professional opinion. Further, the use of the word *would*, in such a phrase as "would be dangerous", rather than the word *could*, is not sufficient on which to rest liability. Where there is qualified privilege the person employing the language complained of will be protected even if his language is somewhat excessive if in the circumstances he might honestly and on reasonable grounds have believed that what he wrote or said was true.

*Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting:* The appeal herein is in an action for libel tried by a jury which found in favour of the appellant. In Ontario all such actions must be tried with a jury unless the parties consent to proceed otherwise, and, moreover, ss. 66 and 67 of *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, which provide that the judge may require the jury to give a special verdict, are expressly made inapplicable to libel actions. The jury in the plainest way found that malice had been established and of what that malice consisted. The appellate Courts have a duty to give effect to the findings of a jury in a broad way when there is evidence to justify them. The Court of Appeal erred in its interpretation of the jury's answers which should have been interpreted as a whole and regard had to all parts of them. Thus understood the answers

*Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte:* L'allégation que les documents incriminés contiennent un commentaire loyal et des déclarations véridiques n'est pas une défense de commentaire loyal au sens reconnu de cette expression. Un élément essentiel de cette défense est que le commentaire ait été fait sur une question d'intérêt public et, dans cette optique, on fait normalement cette défense en déclarant que les mots étaient un commentaire loyal fait de bonne foi et sans malice sur une question d'intérêt public. Ici le commentaire a été fait par l'intimé dans l'exécution de fonctions en sa qualité de «médecin d'entreprise». Bien que la défense de commentaire loyal ne s'applique pas, l'allégation que les documents ont été écrits alors qu'il jouissait d'une immunité relative repose sur une base tout à fait différente. L'intimé a rédigé le rapport pour un ministère du gouvernement, il l'a donc écrit dans des circonstances d'immunité relative. Le juge du procès est parvenu à cette conclusion qui n'a pas été contestée. Ainsi, les déclarations ne donnent matière à procès que s'il est établi qu'il y a eu malice. L'essentiel de la prétendue diffamation était que l'appelant a été éliminé «en raison de sa personnalité psychopathique»; le jury a conclu que cette déclaration en était une de fait et que c'était «vrai selon la preuve». Tout en admettant le caractère d'inviolabilité qui s'attache aux conclusions du jury, il est déraisonnable de supposer que, suite à l'épisode de simulation, le médecin aurait agi par malice en donnant une opinion professionnelle quelques mois plus tard. En outre, l'emploi du mot *serait* dans l'expression «serait dangereux» plutôt que du mot *pourrait* ne suffit pas pour fonder la responsabilité. Lorsqu'il y a immunité relative, la personne qui utilise les mots incriminés sera protégée même si elle s'exprime dans des termes excessifs si, dans les circonstances, elle peut avoir cru honnêtement et pour des motifs raisonnables que les mots qu'elle a écrits ou prononcés étaient vrais.

*Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, dissidents:* Il s'agit ici d'un pourvoi dans une action pour diffamation entendue par un jury qui a rendu un verdict favorable à l'appelant. En Ontario, toutes les actions de ce genre doivent se dérouler devant jury sauf si les parties consentent à agir autrement. De plus, les art. 66 et 67 de *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228, qui prévoient que le juge peut exiger que le jury réponde à des questions spéciales, sont expressément inapplicables aux actions pour diffamation écrite. Le jury a très clairement conclu que la malice avait été prouvée et a dit en quoi elle consistait. Les cours d'appel doivent, d'une façon générale, donner effet aux conclusions d'un jury lorsqu'elles s'appuient sur la preuve. La Cour d'appel a erré dans son interprétation des réponses du jury qui doivent être interprétées dans leur ensemble, en

establish a case of libel on an occasion of qualified privilege and then a finding of malice to defeat that privilege. There being evidence upon which the jurors so found their verdict cannot be disturbed.

[*Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55 applied.]

APPEAL from the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Osler J., sitting with a jury and dismissing an action for libel in respect of which the jury had awarded \$2,600. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting.

*Boris G. Freesman, Q.C.*, and *M. Ben-Dat*, for the appellant.

*Burton Tait*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the privilege of reading the reasons for judgment to be delivered by Mr. Justice Ritchie. I need not, therefore, repeat the summary of the facts therein contained and I content myself with any further reference to the facts which are relevant to these reasons. I must, however, come to a conclusion differing from my brother Ritchie.

It must be remembered that this is an appeal in an action for libel tried by a jury in which trial the jury awarded the appellant a verdict. In Ontario, from which province this appeal comes, actions for damage for libel or slander must be tried with a jury unless the parties consent to the dispensation of the jury: *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, s. 59. Moreover, the Ontario *The Libel and Slander Act*, R.S.O. 1970, c. 2-3, in s. 15 provides:

on a trial of an action for libel, the jury may give a general verdict upon the whole matter in issue in the action . . .

and ss. 66 and 67 of *The Judicature Act* providing that the judge may require the jury to give a special verdict are expressly made inapplicable to libel actions.

tenant compte de toutes leurs parties. Lorsque l'on interprète ainsi les réponses du jury, elles démontrent qu'il y a eu diffamation dans des circonstances d'immunité relative et, ensuite, qu'il y a eu malice de façon à annihiler cette immunité. Puisque la preuve permettait aux jurés de tirer cette conclusion, on ne peut modifier leur verdict.

[Jurisprudence: arrêts suivis: *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Osler, siégeant avec jury, et rejeté une action pour diffamation à l'égard de laquelle le jury avait accordé \$2,600. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

*Boris G. Freesman, c.r.*, et *M. Ben-Dat*, pour l'appellant.

*Burton Tait*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement prononcés par mon collègue le juge Ritchie. Il n'est donc pas nécessaire que je reprenne le résumé des faits qu'on y trouve et je ne mentionnerai que les faits pertinents aux présents motifs. Ma conclusion sera toutefois différente de celle de mon collègue le juge Ritchie.

Il faut se souvenir qu'il s'agit d'un pourvoi dans une action pour diffamation, entendue par un jury qui a rendu un verdict favorable à l'appellant. En Ontario, d'où origine le pourvoi, les actions en dommages-intérêts pour diffamation doivent se dérouler devant jury sauf consentement des parties: *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 59. De plus, *The Libel and Slander Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 2-3, prévoit à l'art. 15:

[TRADUCTION] Dans une action pour diffamation écrite, le jury peut rendre un verdict général sur l'ensemble du litige . . .

et les art. 66 et 67 de *The Judicature Act*, qui prévoient que le juge peut exiger que le jury réponde à des questions spéciales, sont expressément inapplicables aux actions pour diffamation écrite.

It is a well established principle of law that a jury's verdict must be given all deference and full weight and effect given thereto except in the most unusual circumstance. I need only cite one authority for this. Chief Justice Duff said, in *McCannell v. McLean*<sup>1</sup>, at p. 343:

The principle has been laid down in many judgments of this Court to this effect, that the verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it. That is the principle on which this Court has acted for at least thirty years to my personal knowledge and it has been stated with varying terminology in judgments reported and unreported.

Further, I am in accord with Nesbitt J. when he said in *Jamieson v. Harris*<sup>2</sup> at p. 631:

Answers by the jury to questions should be given the fullest possible effect, and if it is possible to support the same by any reasonable construction, they should be supported.

And Wells J., as he then was, expressed the same view very well in *Usher v. Smith*<sup>3</sup>, at p. 527, when he said:

Jurymen are laymen who are not accustomed to state matters with the particularity and clarity which more trained men might exhibit, and it is, I apprehend, the duty of the Court to give effect to their findings in a broad way when there is evidence to justify them . . .

I am further of the opinion that this course must be followed very strictly in considering the jury's answers to questions in a libel action in view of the fact that the legislature has directed that such actions must be tried with a jury and that the jury may, in its sole discretion, refuse to answer specific questions and give a general answer. Every effort must be exerted to understand and give a reasonable construction to the jury's answers remembering that jurors "are laymen who are not accustomed to state matters with the particularity and clarity which more trained men might exhibit". It is with that principle in mind that I approach the

C'est un principe bien reconnu en droit que le verdict du jury doit être considéré avec respect et qu'il faut lui donner toute son importance et son effet sauf dans les circonstances les plus inhabituelles. Il suffit, à cette fin, de citer l'arrêt *McCannell c. McLean*<sup>1</sup>, où le juge en chef Duff dit, à la p. 343:

[TRADUCTION] Dans plusieurs jugements, cette Cour a établi le principe selon lequel il n'y a pas lieu d'écarter le verdict d'un jury qui va à l'encontre du poids de la preuve à moins qu'il ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre la Cour qu'aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et exerçant des pouvoirs judiciaires n'aurait pu rendre ce verdict. A ma connaissance, c'est le principe que cette Cour applique depuis au moins trente ans et il a été énoncé de diverses façons dans les arrêts publiés et non publiés.

Je suis également d'accord avec l'opinion exprimée par le juge Nesbitt dans *Jamieson c. Harris*<sup>2</sup>, à la p. 631:

[TRADUCTION] On doit donner effet autant que faire se peut aux réponses d'un jury aux questions et, s'il est possible d'y donner suite par quelque interprétation raisonnable, on doit le faire.

Et le juge Wells, tel était alors son titre, a clairement exprimé la même opinion dans *Usher v. Smith*<sup>3</sup>, à la p. 527, lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Les jurés sont des profanes qui n'ont pas l'habitude d'énoncer les choses avec la particularité et la clarté dont font preuve les initiés et, si je ne me trompe, la Cour doit, d'une façon générale, donner effet à leurs conclusions lorsqu'elles s'appuient sur la preuve . . .

De plus, je suis d'avis qu'il faut suivre à la lettre cette ligne de conduite lorsque l'on considère les réponses données par le jury dans une action en diffamation écrite, puisque la législature a exigé que ces actions soient entendues par un jury et que le jury peut, à sa seule discrétion, refuser de répondre à des questions précises et donner une réponse générale. On doit déployer tous les efforts possibles pour comprendre les réponses du jury et leur donner une interprétation raisonnable en se rappelant que les jurés «sont des profanes qui n'ont pas l'habitude d'énoncer les choses avec la particularité et la clarté dont font preuve les initiés». En

<sup>1</sup> [1937] S.C.R. 341.

<sup>2</sup> (1905), 35 S.C.R. 625.

<sup>3</sup> [1948] O.W.N. 526.

<sup>1</sup> [1937] R.C.S. 341.

<sup>2</sup> (1905), 35 R.C.S. 625.

<sup>3</sup> [1948] O.W.N. 526.

consideration of the jury's answers to questions 3, 4, 5, 9 and 10. Of course, the occasion upon which the alleged libel was published being plainly one giving rise to the defence of qualified privilege and the jury having found the words used were defamatory, the question becomes whether the plaintiff had established that malice was present so as to destroy that privilege. Questions 9 and 10 deal with malice and the jury's answers were as follows:

Q. Do you find that the defendant in publishing the report of April 20th, 1972, was motivated by malice?

A. Yes.

Q. Of what did such malice consist?

A. He was looking for a reason to reject Mr. McLoughlin because of the Tor. Hospital incident. Should be given a more thorough examination. A true diagnosis could not have been made in such a short time.

Therefore, the jury in the plainest of words found that the plaintiff had established malice and of what such malice consisted.

Zuber J.A., in giving reasons for the Court of Appeal for Ontario, firmly rejected the present respondent's submission that there was no evidence of malice and that the learned trial judge should have taken the case from the jury, saying:

In my opinion there is no merit in this submission. There was some evidence that the diagnosis of the plaintiff as a psychopathic personality was not only false, but given irresponsibly, or recklessly. This evidence, which the jury could have accepted, would have been sufficient to support a finding of malice.

Zuber J.A. determined that the defendant's (here respondent's) appeal should be allowed because the allegation that the defendant's diagnosis of the plaintiff (here appellant) as a "psychopathic personality" was untrue and had been rejected by the jury and that such rejection of the "central aspect of the plaintiff's case removed all evidence of malice". I find it very difficult to understand how on the same page the learned justice in appeal is able to state that there was evidence upon which a jury could find malice and

gardant à l'esprit ce principe, j'examinerai les réponses du jury aux questions 3, 4, 5, 9 et 10. Bien sûr, puisque les circonstances entourant la divulgation de la diffamation alléguée donnent manifestement ouverture à la défense d'immunité relative et puisque le jury a conclu que les mots employés étaient diffamatoires, la question est de savoir si le demandeur a prouvé la malice de manière à annihiler cette immunité. Les questions 9 et 10 traitent de la malice et voici les réponses du jury:

[TRADUCTION] Q. Êtes-vous d'avis que le défendeur a agi par malice en divulguant le rapport du 20 avril 1972?

R. Oui.

Q. En quoi consiste cette malice?

R. Il cherchait une raison pour éliminer M. McLoughlin suite à l'incident survenu à l'hôpital de Toronto. Il devait être soumis à un examen plus complet. Un véritable diagnostic n'aurait pas pu être établi en si peu de temps.

Ainsi, le jury, dans les termes les plus clairs, a conclu que le demandeur avait prouvé la malice et a dit en quoi elle consistait.

En exposant les motifs pour la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Zuber a fermement rejeté la prétention actuelle de l'intimé qu'il n'y avait aucune preuve de malice et que le savant juge du procès n'aurait pas dû permettre que l'affaire soit soumise au jury, disant:

[TRADUCTION] Cette prétention n'est pas fondée à mon avis. Il y a des éléments de preuve que le diagnostic portant que le demandeur souffrait de personnalité psychopathique est non seulement faux mais est aussi présenté de façon irresponsable ou négligente. Cette preuve que le jury aurait pu accepter, aurait été suffisante pour appuyer une conclusion de malice.

Le juge Zuber a décidé d'accueillir l'appel du défendeur (l'intimé en l'espèce) parce que la prétention suivant laquelle le diagnostic établissant que le demandeur (l'appelant en l'espèce) souffrait de «personnalité psychopathique» était faux, avait été rejetée par le jury et ce rejet du [TRADUCTION] «point capital de la cause du demandeur annihilait toute preuve de malice». Il m'est très difficile de comprendre comment le savant juge d'appel peut, sur la même page, déclarer qu'il y avait de la preuve permettant au jury de conclure à

then that there was none. The matter must be resolved by considering the jury's answers to questions 3, 4 and 5 which are as follows:

3. Q. With respect to the report of April 20th, 1972, are the words complained of statements of fact or expressions of opinion, or partly one and partly the other, and if any are statements of fact, indicate which?

A. Fact—psychopathic personality (epic of fabrication of decompression illness) in great detail November 1972, proved to be true.

Opinion—This man would be dangerous and the entire safety of a project in compressed air would be endangered, not only himself but to everybody in it, with this sort of behaviour. He has no comprehension of the responsibilities involved in the technological position such as a compressed air worker must have.

4. Q. Insofar as you find that they are statements of fact, are such statements of fact true?

A. Yes. Mr. McLoughlin verified hospital incident.

5. Q. Insofar as you find that they are expressions of opinion, do such expressions of opinion exceed the limit of fair comment?

A. Yes. Hasty diagnosis. No history available. Assumption *would* be dangerous. Exaggeration in comment in report.

It is quite evident that Zuber J.A. interpreted the jury's answer to question 4 as a finding that the jury had found to be true all it described in question 3 as fact, i.e.,

Fact—psychopathic personality (epic of fabrication of decompression illness) in great detail November 1972, proved to be true.

Such a conclusion could be made. But it is trite law that any document, and I would certainly include a jury's answers, must be interpreted as a whole and regard had to all parts thereof, for the reasons I have delineated. Applying such a method, I am able to come to no other conclusion than what the jury found to be true was the statement "(episode of fabrication of decompression illness) in great detail in November 1971,

la malice et, ensuite, qu'il n'y en avait pas. Il faut résoudre la question en examinant les réponses du jury aux questions 3, 4 et 5 que voici:

[TRADUCTION] 3. Q. Relativement au rapport du 20 avril 1972, les mots incriminés sont-ils des déclarations de fait ou des expressions d'opinion, ou partiellement l'un et l'autre et, s'ils contiennent des déclarations de fait, précisez lesquelles.

R. Fait—personnalité psychopathique (histoire de simulation d'aéroembolisme) avec force détails en novembre 1972, vrai selon la preuve.

Opinion—Cet homme serait dangereux et ce genre de comportement compromettrait la sécurité de travaux effectués dans l'air comprimé, non seulement à son égard, mais pour tous ceux qui y participent. Il ne comprend pas les responsabilités que comporte un emploi spécialisé comme doit le comprendre un ouvrier qui travaille dans l'air comprimé.

4. Q. Dans la mesure où vous concluez qu'il s'agit de déclarations de fait, ces déclarations de fait sont-elles vraies?

R. Oui. M. McLoughlin a confirmé l'incident survenu à l'hôpital.

5. Q. Dans la mesure où vous concluez qu'il s'agit d'expressions d'opinion, ces expressions d'opinion dépassent-elles les limites du commentaire loyal?

R. Oui. Diagnostic établi à la hâte. Aucun antécédent. Supposition qu'il *serait* dangereux. Commentaire exagéré dans le rapport.

Il est tout à fait évident que le juge Zuber a interprété la réponse du jury à la question 4 comme une conclusion que le jury estimait exacts tous les faits qu'il avait décrits à la question 3, savoir,

[TRADUCTION] Fait—personnalité psychopathique (histoire de simulation d'aéroembolisme) avec force détails en novembre 1972, vrai selon la preuve.

On pouvait parvenir à une telle conclusion. Mais, il est de droit constant que tout document, ce qui comprend certainement les réponses du jury, doit être interprété dans son ensemble en tenant compte de toutes ses parties, pour les raisons que j'ai exposées. Si l'on applique une telle méthode, la seule conclusion que je peux tirer est que ce dont le jury a constaté l'exactitude était la déclaration «(épisode de simulation d'aéroembolisme) avec

approx.". The jury, it should be noted, in its answer altered the word "episode" to the word "epic" and the date "1971" to "1972". It would seem to me impossible that the jury intended to find that the diagnosis "psychopathic personality" was true in the light of the jury's answer to question 4: "Yes. Mr. McLoughlin verified hospital incident". Mr. McLoughlin, the appellant, verified the incident, he certainly did not verify the diagnosis—that was the basis of his complaint. The jury's answer to question 5 is equally persuasive. Asked to determine whether the "expressions of opinion" had exceeded the limits of fair comment, the jury's first words of its answer were "hasty diagnosis". The one and only diagnosis with which the jury was concerned was contained in the words "psychopathic personality" and this answer makes it strikingly clear that the jury considered those words an "expression of opinion". Therefore, discharging what I conceive to be my duty to understand and give a reasonable interpretation of the jury's answer, I think that the jury's answer may be summarized as follows: the words were defamatory and although the plaintiff admitted the episode of fabricated decompression illness, the diagnosis of him as a psychopathic personality was too hastily made without obtaining a complete history and, as well, the possible danger from his being employed was exaggerated. When the jury's answers are so understood, they do not consist of a rejection of "the central aspect" of the appellant's action. The jury's answers would establish a case of libel on an occasion of qualified privilege and then by its answers to questions 9 and 10 the jury found that the plaintiff (here appellant) had established the existence of malice to defeat that qualified privilege.

With respect, I agree with Zuber J.A. that there was evidence upon which the jury could so find. I do not infer that if I had been the fact-finder I would have so found. What the jury found in its answer to question 10 was malice in its dictionary sense of "spite". Spite and much less, i.e., indirect motive, is malice in law. Reading the words of the record, one could conclude that such malice had not been established. The jurors, however, heard the witnesses, including the rather revealing cross-

force détails en novembre 1971». Notons que dans sa réponse, le jury a remplacé le mot «épisode» par «histoire» et l'année «1971» par «1972». Il me semble impossible que le jury ait voulu conclure que le diagnostic de «personnalité psychopathique» était exact compte tenu de la réponse qu'il a donnée à la question 4: «Oui. M. McLoughlin a confirmé l'incident survenu à l'hôpital». M. McLoughlin, l'appellant, a confirmé l'incident, il n'a certainement pas confirmé le diagnostic—c'était là la base de sa plainte. La réponse du jury à la question 5 est également éloquent. Lorsqu'on a demandé au jury si les «expressions d'opinion» avaient dépassé la limite du commentaire loyal, les premiers mots de sa réponse ont été «diagnostic établi à la hâte». Le seul diagnostic soumis au jury était celui de «personnalité psychopathique» et il ressort nettement de cette réponse que le jury considérait ces mots comme une «expression d'opinion». Ainsi, m'acquittant de ce que je considère être mon devoir de comprendre la réponse du jury et d'y donner une interprétation raisonnable, je crois que la réponse du jury peut être résumée comme suit: les mots sont diffamatoires et, bien que le demandeur ait reconnu la simulation d'aéroembolisme, le diagnostic de personnalité psychopathique à son endroit a été établi trop rapidement sans obtenir ses antécédents et, de même, le danger qu'aurait pu représenter son embauchage a été exagéré. Lorsque l'on interprète ainsi les réponses du jury, elles ne constituent pas un rejet du «point capital» de l'action de l'appellant. Les réponses du jury, démontrent qu'il y a eu diffamation dans des circonstances d'immunité relative et, ensuite, par ses réponses aux questions 9 et 10, le jury a conclu que le demandeur (l'appellant en l'espèce) avait établi l'existence de malice de façon à annihiler cette immunité relative.

Avec égards, je partage l'opinion du juge Zuber que la preuve permettait au jury de tirer cette conclusion. Je ne dis pas que je serais parvenu à la même conclusion si j'avais été le juge du fond. En répondant à la question 10, le jury a conclu à la malice au sens de «rancune» que lui prête le dictionnaire. La rancune et même les mobiles indirects, sont de la malice en droit. A la lecture du dossier, on pourrait conclure que cette malice n'a pas été prouvée. Cependant, les jurés ont entendu

examination of the respondent, and they concluded that malice in the form of spite had been established. As I have said, I agree with Zuber J.A. that there was evidence upon which the jurors could so find. I am of the opinion that their verdict cannot be disturbed.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal for Ontario, and restore the judgment of the learned trial judge, including his allowance to the plaintiff (here appellant) of only two-thirds of his costs of the trial of the action. The appellant should have his costs of the respondent's appeal to the Court of Appeal and his further appeal to this Court.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario setting aside the judgment rendered at trial by Mr. Justice Osler, sitting with a jury, and dismissing the action brought by the present appellant claiming damages for libel in respect of which the jury had awarded a total of \$2,600.

The respondent is a Doctor who was retained as the "Project Physician" by S. McNally & Sons, Limited, a company which conducted a general construction business in Toronto, and in which it was necessary, amongst other things, to employ personnel under compressed air conditions.

In April 1972 the appellant applied to the McNally Company for employment under such conditions, and before accepting candidates for this kind of work it was necessary that they be examined by the "Project Physician", who, in turn, was required to make a report to the Department of Labour, Construction Safety Branch.

Three other candidates applied and were accepted after medical examinations by the respondent, but the appellant was rejected after what appears to have been a brief interview with the Doctor. In making his report to the Department of Labour, the respondent explains his rejection of the appel-

les témoins, y compris le contre-interrogatoire plutôt révélateur de l'intimé, et ils ont conclu que la malice sous forme de rancune, avait été prouvée. Comme je l'ai dit, je partage l'opinion du juge Zuber que la preuve permettait aux jurés de tirer cette conclusion. Je suis d'avis qu'on ne peut modifier leur verdict.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, et de rétablir le jugement du savant juge du procès, y compris l'adjudication qu'il a faite au demandeur (ici l'appelant) des deux-tiers seulement des dépens du procès. L'appelant devrait avoir droit à ses dépens, occasionnés par l'appel de l'intimé à la Cour d'appel et à ceux de son pourvoi devant cette Cour.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé le jugement du juge Osler, siégeant avec jury, et rejeté l'action en dommages-intérêts intentée par le présent appellant, pour diffamation, à l'égard de laquelle le jury avait accordé la somme de \$2,600.

L'intimé est un médecin dont les services ont été retenus à titre de «médecin d'entreprise» par la compagnie S. McNally & Sons, Limited, qui exploitait à Toronto une entreprise de construction générale pour laquelle elle devait, entre autres, recruter des employés pour travailler dans l'air comprimé.

Au mois d'avril 1972, l'appelant a sollicité ce genre d'emploi auprès de la compagnie McNally. Avant d'être acceptés pour ce genre de travail, les candidats devaient être examinés par le «médecin d'entreprise» qui devait, ensuite, soumettre un rapport au ministère du Travail, Division de la sécurité dans la construction.

Trois autres candidats ont postulé et ont été acceptés après examen médical par l'intimé, mais l'appelant a été refusé après ce qui semble avoir été une brève entrevue avec le médecin. Dans son rapport au ministère du Travail, en date du 20 avril 1972, l'intimé justifie, dans les termes sui-

lant in the following language in a report dated April 20, 1972:

... disqualified on grounds of psychopathic personality (episode of fabrication decompression illness) - in great detail November 19th, 1971 approx. This man would be dangerous and the entire safety of a project in compressed air would be endangered, not only himself but to everybody in it, with this sort of behaviour. He has no comprehension of the responsibilities involved in a technological position such as a compressed air worker must have.

The episode of fabrication of decompression illness referred to the somewhat unfortunate circumstances under which the Doctor had known of the appellant before his examination. These circumstances can be briefly outlined as follows. In 1967 the appellant had suffered a decompression illness commonly known as "the bends" whilst employed in compressed air conditions and while hospitalized for this complaint he had become familiar with those symptoms and treatment of this type of illness. In November 1971 finding himself incarcerated in prison under circumstances in which he was unable to arrange any bail, the appellant complained that he was suffering from "the bends" and at 4 a.m. the prison authorities transferred him to the Toronto General Hospital. As a result of his wide experience in this field, Dr. Kutasy was called upon to tend the patient but it appears that he never came into direct contact with him, as Mr. McLoughlin, whose complaint was entirely fabricated, had elected to walk out of the hospital before the Doctor arrived, although he took part in the investigation which revealed to him and the hospital authorities that the complaints were groundless.

This incident which occurred five months before the examination and rejection of the appellant for employment with the McNally Company is relied on by the appellant as supporting the contention that the Doctor was prejudiced against him and that his report was therefore activated by malice.

The pleadings in this case are significant, but I think that at this stage it is enough to say that paragraph 7(a) of the Statement of Claim contains

vants, l'élimination de l'appelant:

[TRANSLATION] ... inadmissible en raison d'une personnalité psychopathique (épisode de simulation d'aéroembolisme)—avec force détails vers le 19 novembre 1971. Cet homme serait dangereux et ce genre de comportement compromettrait la sécurité de travaux effectués dans l'air comprimé, non seulement à son égard, mais pour tous ceux qui y participent. Il ne comprend pas les responsabilités que comporte un emploi spécialisé comme doit le comprendre un ouvrier qui travaille dans l'air comprimé.

L'affaire de simulation d'aéroembolisme se rapporte aux circonstances plutôt regrettables dans lesquelles le médecin a entendu parler de l'appelant avant son examen. Voici brièvement ces circonstances. En 1967 l'appelant avait souffert d'aéroembolisme, communément appelé «maladie des caissons», alors qu'il travaillait dans l'air comprimé et, pendant son hospitalisation pour cette maladie, il s'était familiarisé avec les symptômes et le traitement de ce type de maladie. En novembre 1971, alors qu'il était en prison et qu'il ne pouvait bénéficier de la libération sous cautionnement, l'appelant s'est plaint qu'il souffrait de la «maladie des caissons» et, à 4h, les autorités de la prison l'ont transféré à l'hôpital général de Toronto. Vu la grande expérience du Dr. Kutasy dans ce domaine, on lui a demandé de soigner le patient; cependant, il appert qu'il n'a jamais eu de contact direct avec ce dernier puisque McLoughlin, ayant complètement forgé sa plainte, avait choisi de quitter l'hôpital pas ses propres moyens avant l'arrivée du médecin. Ce dernier a toutefois participé à l'investigation qui lui a révélé, de même qu'aux autorités de l'hôpital, que ce dont ce patient s'était plaint n'était que supercherie.

L'appelant s'appuie sur cet incident, survenu cinq mois avant son examen pour emploi auprès de la compagnie McNally et son élimination, pour prétendre que le médecin avait des préjugés à son égard et que c'est par malice qu'il a préparé ce rapport.

Les procédures écrites sont révélatrices en l'espèce mais il suffit, pour l'instant, de dire que le par. 7a) de la déclaration cite textuellement le

a recitation of the Doctor's report which is preceded by the following language:

On or about April 20th, 1972, without medically examining the Plaintiff and without any justification whatsoever, Dr. Kutasy *falsely and maliciously* wrote and published or caused to be written and published of the Plaintiff in the form of a typewritten letter, the following words, namely: . . . (Italics are my own).

The Amended Statement of Defence contains a rebuttal of the above allegations and is phrased as follows:

The defendant, Kutasy, denies the allegations contained in paragraphs 7A to 13A of the statement of claim and alleges that the record of physical examination and the letters dated April 20, 1972 and May 9, 1972 were written, as to the record of physical examination pursuant to a statutory duty under The Department of Labour Act and Regulations, hereafter referred to, and with respect to the said letters, at the request of the plaintiff and his agent, Mr. Gallagher, and that such documents contain the opinion of the defendant, Kutasy, based upon an honest, competent and skillful assessment of the plaintiff's condition. The words contained therein were not written with malice.

Paragraph 6 of the Amended Statement of Defence reads as follows:

6. The defendant, Kutasy, further alleges that the said documents contain fair comment and true statements rendered at the request of the plaintiff or his agent to the best of the defendant's ability and in keeping with accepted medical practice. The defendant Kutasy further alleges that the said documents were written on occasions of privilege or qualified privilege and with justification.

The allegation that the documents complained of "contain fair comment and true statements" does not, in my opinion, constitute a plea of "fair comment" in the accepted sense of that term. An essential ingredient of that defence is that the comment was made on a matter of public interest and the customary form of pleading in this regard is to state that the words complained of "were fair comment made in good faith and without malice upon a matter of public interest" (see *Bullen and Leak, Precedence of Pleadings* 12th ed., at p. 1176). This defence is one which is available to every member of the public and relates exclusively

rapport du médecin, mais expose d'abord que:

[TRANSLATION] Le 20 avril 1972 ou vers cette date, sans soumettre l'appelant à un examen médical et absolument sans aucune justification, le docteur Kutasy a, *faussement et malicieusement*, écrit et divulgué ou fait écrire et divulguer la lettre dactylographiée suivante, concernant l'appelant, dans les termes suivants: . . . (Les italiques sont de moi.)

La défense amendée réfute les allégations susmentionnées et se lit comme suit:

[TRANSLATION] Le défendeur Kutasy nie les allégations des par. 7A à 13A de la déclaration et allègue que le rapport d'examen médical et les lettres en date du 20 avril 1972 et du 9 mai 1972 ont été écrits dans les circonstances suivantes: il a rédigé le rapport d'examen médical et lesdites lettres, à la demande du demandeur et de son représentant, M. Gallagher, pour se conformer à l'obligation imposée par *The Department of Labour Act* et ses règlements d'application, mentionnés ci-après, et ces documents contiennent l'opinion du défendeur, Kutasy, fondée sur une évaluation honnête, compétente et habile de l'état du demandeur. Ce qui s'y trouve n'a pas été écrit avec malice.

Le paragraphe 6 de la défense amendée se lit ainsi:

[TRANSLATION] 6. Le défendeur, Kutasy, allègue en outre que lesdits documents contiennent un commentaire loyal et des déclarations véridiques, qu'il a préparés de son mieux, à la demande du demandeur ou de son représentant, en respectant les pratiques médicales reconnues. Le défendeur Kutasy allègue en outre que lesdits documents ont été écrits alors qu'il jouissait d'une immunité ou d'une immunité relative et qu'ils sont justifiés.

L'allégation que les documents incriminés «contiennent un commentaire loyal et des déclarations véridiques» n'est pas, à mon avis, une défense de «commentaire loyal» au sens reconnu de cette expression. Un élément essentiel de cette défense est que le commentaire ait été fait sur une question d'intérêt public et, dans cette optique, on fait normalement cette défense en déclarant que les mots incriminés [TRANSLATION] «étaient un commentaire loyal fait de bonne foi et sans malice sur une question d'intérêt public» (voir *Bullen and Leak, Precedence of Pleadings* 12<sup>e</sup> éd., à la p. 1176). Toute personne peut invoquer cette défense

to comments or opinions made upon facts which are shown to have been true. (See *Gatley on Libel and Slander*, 7th ed., pp. 292 and 293).

Here the comment was not made on a matter of public interest but rather on a matter arising in the course of the discharge by the respondent of a duty which he was required to perform in his capacity as "project physician" for the company with which the appellant was seeking employment. Under these circumstances, in my opinion, the defence of fair comment has no application, although I do not consider that in stating that "the documents contain fair comment" the defendant (respondent) in any way detracted from the clear plea of "qualified privilege" contained in the last words of paragraph 6 of the defence.

The allegation "that the said documents were written on an occasion of . . . qualified privilege", stands on an entirely different footing from that of fair comment; such an occasion is defined by Lord Atkinson in *Adam v. Ward*<sup>4</sup>, at p. 334 as

. . . an occasion where the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is made had a corresponding interest or duty to receive it.

I think it should be said at the outset that the report made by Dr. Kutasy on April 20, 1972, was written by him to a government department in the course of his duties and that it was therefore written on an occasion of qualified privilege. This was a finding made by the learned trial judge and it has not been challenged, with the result that the statements here made could only be actionable upon proof of the existence of malice on the part of Dr. Kutasy.

The case put to the jury included a complaint as to the libellous character of a letter written by the Doctor to the Labourer's International Union and Mr. Gallagher, President of that Union, which was dated May 9, 1972, but I think that this allegation can be disregarded in the consideration of the present appeal because of the following answer

qui se rapporte uniquement aux commentaires ou opinions émis sur des faits dont la vérité est établie (voir *Gatley on Libel and Slander*, 7<sup>e</sup> éd., pp. 292 et 293).

Ici le commentaire n'a pas été fait sur une question d'intérêt public mais bien dans l'exécution par l'intimé d'une obligation qu'il devait accomplir en sa qualité de «médecin d'entreprise», pour la compagnie auprès de laquelle l'appelant sollicitait un emploi. Je suis d'avis, dans ces circonstances, que la défense de commentaire loyal ne s'applique pas, mais je ne crois pas qu'en déclarant que «les documents contiennent un commentaire loyal» le défendeur (intimé) ait, de quelque façon, nui à la défense formelle d'«immunité relative» que contiennent les derniers mots du par. 6 de la défense.

L'allégation «que lesdits documents ont été écrits alors qu'il jouissait d'une . . . immunité relative» repose sur une base tout à fait différente de celle du commentaire loyal; lord Atkinson définit comme suit les circonstances nécessaires à cette fin dans *Adam v. Ward*<sup>4</sup>, à la p. 334:

[TRADUCTION] . . . des circonstances où la personne qui donne des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les donner à la personne à qui elle les fournit et, la personne qui les reçoit a un intérêt ou une obligation correspondant de les recevoir.

Je crois qu'il faut dire, au départ, que le Dr Kutasy a rédigé le rapport du 20 avril 1972 pour un ministère du gouvernement dans l'exécution de ses fonctions et qu'il l'a donc écrit dans des circonstances d'immunité relative. Le juge du procès est parvenu à cette conclusion qui n'a pas été contestée; ainsi, les déclarations faites en l'espèce ne donnent matière à procès que s'il est établi que le Dr Kutasy a agi par malice.

L'affaire soumise au jury comprenait une plainte relative au caractère diffamatoire d'une lettre, en date du 9 mai 1972, écrite par le docteur à l'Union internationale des journaliers et à M. Gallagher, président de ce syndicat, mais je crois que cette prétention peut être écartée dans l'examen du pourvoi vu la réponse suivante du jury à la

<sup>4</sup> [1917] A.C. 309.

<sup>4</sup> [1917] A.C. 309.

made by the jury to the second question which they were asked:

2. Q. Were the words used by the defendant Kutasy in the letter of May 9th, 1972, defamatory of the plaintiff?

A. No.

The appellant made no attack on this finding and this appeal is therefore concerned exclusively with the terms of the report of April 20, 1972, which I have quoted and in this regard the following answers of the jury are relevant and significant:

1. Q. Were the words used by the defendant Kutasy in the report of April 20th, 1972, defamatory of the plaintiff?

A. Yes.

3. Q. With respect to the report of April 20th, 1972, are the words complained of statements of fact or expressions of opinion, or partly one and partly the other, and if any are statements of fact, indicate which?

A. Fact—psychopathic personality (epic of fabrication of decompression illness) in great detail November 1972, proved to be true.

Opinion—This man would be dangerous and the entire safety of a project in compressed air would be endangered, not only himself but to everybody in it, with this sort of behaviour. He has no comprehension of the responsibilities involved in the technological position such as a compressed air worker must have.

4. Q. Insofar as you find that they are statements of fact, are such statements of fact true?

A. Yes. Mr. McLoughlin verified hospital incident.

5. Q. Insofar as you find that they are expressions of opinion, do such expressions of opinion exceed the limits of fair comment?

A. Yes. Hasty diagnosis. No history available. Assumption *would* be dangerous. Exaggeration in comment in report.

9. Q. Do you find that the defendant in publishing the report of April 20th, 1972 was motivated by malice?

A. Yes.

10. Q. Of what did such malice consist?

deuxième question qui lui a été posée:

[TRADUCTION] 2. Q Les mots utilisés par le défendeur Kutasy dans la lettre du 9 mai 1972 portaient-ils atteinte à la réputation du demandeur?

R. Non.

L'appelant n'a pas contesté cette conclusion et ce pourvoi porte donc uniquement sur la teneur du rapport du 20 avril 1972 que j'ai cité et, à cet égard, les réponses suivantes du jury sont pertinentes et importantes:

[TRADUCTION] 1. Q. Les mots utilisés par le défendeur Kutasy dans le rapport du 20 avril 1972 portaient-ils atteinte à la réputation du demandeur?

R. Oui.

3. Q. Relativement au rapport du 20 avril 1972, les mots incriminés sont-ils des déclarations de fait ou des expressions d'opinion, ou partiellement l'un et l'autre et, s'ils contiennent des déclarations de fait, précisez lesquelles.

R. Fait—personnalité psychopathique (histoire de simulation d'aéroembolisme) avec force détails en novembre 1972, vrai selon la preuve.

Opinion—Cet homme serait dangereux et ce genre de comportement compromettrait la sécurité de travaux effectués dans l'air comprimé, non seulement à son égard, mais pour tous ceux qui y participent. Il ne comprend pas les responsabilités que comporte un emploi spécialisé comme doit le comprendre un ouvrier qui travaille dans l'air comprimé.

4. Q. Dans la mesure où vous concluez qu'il s'agit de déclarations de fait, ces déclarations de fait sont-elles vraies?

R. Oui. M. McLoughlin a confirmé l'incident survenu à l'hôpital.

5. Q. Dans la mesure où vous concluez qu'il s'agit d'expressions d'opinion, ces expressions d'opinion dépassent-elles les limites du commentaire loyal?

R. Oui. Diagnostic établi à la hâte. Aucun antécédent. Supposition qu'il *serait* dangereux. Commentaire exagéré dans le rapport.

9. Q. Êtes-vous d'avis que le défendeur a agi par malice en divulguant le rapport du 20 avril 1972?

R. Oui.

10. Q. En quoi consiste cette malice?

A. He was looking for a reason to reject Mr. McLoughlin because of the Tor. Hospital incident. Should be given a more thorough examination. A true diagnosis could not have been made in such a short time.

I am of opinion, as I have stated, that the defence of fair comment has no application under the pleadings and facts of this case and the answer to question No. 5 has no relevance in considering the defence of qualified privilege upon which the respondent relies. Moreover, the jury's answer to question No. 5 is essentially a finding that the statements made in the report disclosed a negligent (*i.e.* hasty) diagnosis and it does not touch the root question of whether the statements represented opinions held honestly and not maliciously by the respondent.

In this regard the elements requisite to sustain the defence of qualified privilege are discussed in the case of *Netupsky v. Craig*<sup>5</sup>, at pp. 61 and 62 where the following paragraph occurs in the judgment of this Court:

The determination of this appeal in my opinion, turns on the question of whether there was any extrinsic or intrinsic or intrinsic evidence that the respondents were motivated by malice in writing the letter which is complained of. There can be little doubt that if there is evidence proving that the statements complained of are false to the knowledge of the person who makes them, they are taken to have been made maliciously, but this statement must be read in light of the language used by Lord Atkinson in *Adam v. Ward* [1917] A.C. 309 at p. 339, where he said:

... a person making a communication on a privileged occasion is not restricted to the use of such language merely as is reasonably necessary to protect the interest or discharge the duty which is the foundation of his privilege; but that, on the contrary, he will be protected, even though his language should be violent or excessively strong, if, having regard to all the circumstances of the case, he might have honestly and on reasonable grounds believed that what he wrote or said was true and necessary for the purpose of his vindication, though in fact it was not so.

R. Il cherchait une raison pour éliminer M. McLoughlin suite à l'incident survenu à l'hôpital de Toronto. Il devait être soumis à un examen plus complet. Un véritable diagnostic n'aurait pas pu être établi en si peu de temps.

Comme je l'ai dit, je suis d'avis que la défense de commentaire loyal ne s'applique pas compte tenu des procédures écrites et des faits en l'espèce, et la réponse donnée à la question n° 5 n'a aucune pertinence dans l'examen de la défense d'immunité relative soulevée par l'intimé. De plus, la réponse du jury à la question n° 5 est essentiellement une conclusion que les déclarations faites dans le rapport révèlent un diagnostic négligent (*c.-à-d.* établi à la hâte) et elle ne touche pas la question fondamentale, savoir, si les déclarations représentent l'opinion honnête et non malicieuse de l'intimé.

L'arrêt *Netupsky c. Craig*<sup>5</sup>, examine les éléments essentiels de la défense d'immunité relative, aux pp. 61 et 62, où l'on trouve dans le jugement de la Cour, l'alinéa suivant:

Le règlement du présent appel, à mon avis, a pour pivot la question de savoir s'il y avait une preuve intrinsèque ou extrinsèque que les intimés ont écrit par malice la lettre incriminée. Il y a peu de doute que, s'il est prouvé que la personne qui a fait les déclarations savait que celles-ci étaient contraires à la vérité, il faut conclure qu'elles ont été faites avec malice, mais il faut lire cet énoncé à la lumière des propos de Lord Atkinson dans *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309, à la p. 339, lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] ... une personne qui donne des renseignements dans des circonstances justifiant l'immunité relative, n'est pas tenue de n'employer que les termes raisonnablement nécessaires pour protéger l'intérêt ou pour s'acquitter de l'obligation qui servent de fondement à son immunité; mais [que], au contraire, elle sera protégée, même si elle s'exprime dans des termes violents ou excessivement forts, si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle peut avoir cru honnêtement et pour des motifs raisonnables que les mots qu'elle a écrits ou prononcés étaient vrais et nécessaires à sa justification, même si en réalité tel n'est pas le cas.

<sup>5</sup> [1973] S.C.R. 55.

<sup>5</sup> [1973] R.C.S. 55.

I agree with the submission made on behalf of the respondent that the real sting of the libel alleged to be contained in the report of April 20th was the statement that the appellant was disqualified "on grounds of psychopathic personality", and it is more than significant that in answering question No. 3 the jury found this statement to be one of fact and to have been "proved to be true".

It was submitted on behalf of the appellant that "the truth . . . of the assumed findings of the jury that the plaintiff was found to suffer from psychopathic personality" is not an issue . . ." but as the defence of qualified privilege extends to protect the author of a statement of fact which he might honestly and on reasonable grounds have believed to be true, it will be apparent that a finding that the statement was in fact true constitutes a sustaining factor in establishing that defence and negating malice. In any event, in the present case the defendant has alleged that the statements are true and made with justification and there can accordingly in my view be no doubt that the truth or falsity of the statement that the plaintiff suffered from "psychopathic personality" was indeed an issue, and one which was resolved in favour of the respondent by the jury's answers to questions 3 and 4.

In my opinion, if the matter rested on the jury's answers to questions No. 3 and 4, this would of itself be sufficient to support the defence of qualified privilege, but it remains to be observed that in answering questions 9 and 10 the jury found that the respondent was "motivated by malice" and that the malice consisted of "looking for a reason to reject Mr. McLoughlin because of the Tor. Hospital incident".

Without in any way denying the sanctity to be associated with the finding of a jury, I nevertheless share the view expressed by the Court of Appeal that in answering question No. 10 the jury assigned to "the Tor. Hospital incident", which occurred five months before the examination of the respondent, a significance which was not supported by the evidence and I think it unreasonable to suppose that because McLoughlin's behaviour in November, 1971, had resulted in the doctor going to the hospital at 8 o'clock in the morning on a

J'accepte la prétention présentée au nom de l'intimé que l'essentiel de la diffamation que contiendrait le rapport du 20 avril est la déclaration que le demandeur a été éliminé «en raison de sa personnalité psychopathe», et il est plus que révélateur qu'en répondant à la question n° 3, le jury a conclu que c'était là une déclaration de fait et que c'était «vrai selon la preuve».

On a prétendu au nom de l'appellant que [TRANSLATION] «l'exactitude . . . de la conclusion présumée du jury, suivant laquelle le demandeur souffrait de «personnalité psychopathe» ne fait pas partie du litige . . .» mais, puisque la défense d'immunité relative va jusqu'à protéger l'auteur d'une déclaration de fait qui, honnêtement et pour des motifs raisonnables, la croyait vraie, il devient évident que la conclusion que la déclaration était effectivement vraie soutient cette défense et nie la malice. Quoi qu'il en soit, le défendeur a allégué, en l'espèce, que les déclarations sont vraies et justifiées, et il ne peut y avoir aucun doute à mon avis, que la question de la vérité ou de la fausseté de la déclaration que le demandeur souffrait d'une «personnalité psychopathe» faisait bien partie du litige et qu'elle a été décidée en faveur de l'intimé par les réponses du jury aux questions 3 et 4.

Je crois que si l'affaire reposait toute sur les réponses du jury aux questions 3 et 4, cela suffirait en soi à appuyer la défense d'immunité relative; mais il faut encore remarquer qu'en répondant aux questions 9 et 10, le jury a conclu que l'intimé a «agit par malice» et que cette malice consistait en ce que «il cherchait une raison pour éliminer M. McLoughlin suite à l'incident survenu à l'hôpital de Toronto».

Sans vouloir d'aucune façon nier le caractère d'inviolabilité qui s'attache aux conclusions du jury, je partage néanmoins l'opinion de la Cour d'appel qu'en répondant à la question n° 10, le jury a accordé à «l'incident survenu à l'hôpital de Toronto», cinq mois avant l'examen de l'intimé, une signification qui n'est pas justifiée par la preuve, et il serait déraisonnable, à mon avis, de supposer que parce qu'il s'était rendu inutilement à l'hôpital à 8h, suite au comportement de McLoughlin en novembre 1971, le médecin aurait

fool's errand, he would therefore be "motivated by malice" in rendering a professional opinion in April 1972.

The other question which has given rise to some difficulty in this case is the jury's answer to the second part of question No. 3 containing as it does the statement that "This man would be dangerous and the entire safety of the project in compressed air would be endangered".

In this regard, it was contended with some force that the characterization of the appellant as a man who *would* be dangerous and a danger to the entire safety of a project in compressed air was libellous in itself and the doctor himself admitted that the use of the word "would" in this context was unfortunate and that "could" would have been a more appropriate word. On this phase of the matter I refer once again to the passage cited earlier from the judgment of Lord Atkinson in *Adam v. Ward* (*supra*) where he said, in part, in reference to the defence of qualified privilege that on such an occasion the person employing the language complained of

... will be protected, even though his language should be violent or excessively strong, if, having regard to all the circumstances of the case, he might have honestly and on reasonable grounds believed that what he wrote or said was true ...

I do not think that the liability of the respondent can rest upon the use of the word "would" instead of the word "could" in the above context, and I find all of the language used in the report of April 20th to be within the protection of the rule respecting "qualified privilege".

For all these reasons, as well as those delivered by Mr. Justice Zuber in the Court of Appeal for Ontario, I would dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Robins and Partners, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

donc «agi par malice» en donnant une opinion professionnelle en avril 1972.

L'autre question qui a soulevé quelques difficultés en l'espèce est la réponse du jury à la deuxième partie de la question n° 3, réponse qui renferme la déclaration que «Cet homme serait dangereux et compromettrait la sécurité de travaux effectués dans l'air comprimé».

On a vigoureusement prétendu, à cet égard, que la description de l'appelant comme un homme qui *serait* dangereux et compromettrait la sécurité de travaux effectués dans l'air comprimé était, en soi, diffamatoire et que le médecin avait lui-même admis que l'emploi du mot «serait» dans ce contexte était regrettable et que «pourrait» aurait été plus approprié. Sur ce point, je renvoie à nouveau au passage, déjà cité, du jugement de lord Atkinson dans *Adam v. Ward*, où, parlant de la défense d'immunité relative il a dit, entre autres, que la personne qui, dans un tel cas, utilise les mots incriminés

[TRADUCTION] ... sera protégée, même si elle s'exprime dans des termes violents ou excessivement forts, si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle peut avoir cru honnêtement et pour des motifs raisonnables que les mots qu'elle a écrits ou prononcés étaient vrais ...

Je ne crois pas que l'on puisse asseoir la responsabilité de l'intimé sur l'emploi du mot «serait» plutôt que du mot «pourrait» dans le contexte précédent et je suis d'avis que la règle concernant «l'immunité relative» protège l'intimé contre tout ce qu'il a dit dans le rapport du 20 avril.

Pour tous ces motifs de même que pour ceux exposés par le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Robins and Partners, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: McCarthy & McCarthy, Toronto.*