

**Morris Manning and the Church of  
Scientology of Toronto** *Appellants*

v.

**S. Casey Hill** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the  
Canadian Civil Liberties Association, the  
Writers' Union of Canada, PEN Canada,  
the Canadian Association of Journalists, the  
Periodical Writers Association of Canada,  
the Book and Periodical Council, the  
Canadian Daily Newspaper Association, the  
Canadian Community Newspapers  
Association, the Canadian Association of  
Broadcasters, the Radio-Television News  
Directors Association of Canada, the  
Canadian Book Publishers' Council and the  
Canadian Magazine Publishers'  
Association** *Interveners*

INDEXED AS: HILL v. CHURCH OF SCIENTOLOGY OF  
TORONTO

File No.: 24216.

1995: February 20; 1995: July 20.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,  
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Libel and slander — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church's counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether Crown attorney's action for damages "government action" — Whether*

**Morris Manning et l'Église de scientologie  
de Toronto** *Appellants*

c.

**S. Casey Hill** *Intimé*

et

**Le procureur général de l'Ontario,  
l'Association canadienne des libertés civiles,  
Writers' Union of Canada, PEN Canada,  
l'Association canadienne des journalistes,  
Periodical Writers Association of Canada,  
Book and Periodical Council, l'Association  
canadienne des éditeurs de quotidiens,  
Canadian Community Newspapers  
Association, l'Association canadienne des  
radiodiffuseurs, l'Association canadienne des  
directeurs de l'information en radio-  
télévision, Canadian Book Publishers'  
Council et Canadian Magazine Publishers'  
Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: HILL c. ÉGLISE DE SCIENTOLOGIE DE  
TORONTO

Nº du greffe: 24216.

1995: 20 février; 1995: 20 juillet.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Libelle et diffamation — L'Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L'avocat et des représentants de l'Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L'avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d'outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L'action du substitut du procureur général en dommages-intérêts est-elle une «action gouvernementale»? — La*

*Charter applies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).*

*Libel and slander — Common law of defamation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether common law of defamation complies with values underlying Charter — Whether “actual malice” rule should be adopted.*

*Libel and slander — Defences — Qualified privilege — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church’s counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Whether defence of qualified privilege available.*

*Libel and slander — Damages — General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Church of Scientology commencing criminal contempt proceedings against Crown attorney — Church’s counsel and representatives holding press conference on courthouse steps — Counsel reading from and commenting on allegations in contempt motion — Contempt allegations subsequently found to be untrue — Crown attorney bringing action for damages in libel — Counsel and Church found jointly liable for general damages — Church found liable for aggravated and punitive damages — Whether cap should be imposed on general damages in defamation cases — Whether damage awards should stand.*

The appellant M, accompanied by representatives of the appellant Church of Scientology, held a press conference on the courthouse steps. M, who was wearing his barrister’s gown, read from and commented upon allegations contained in a notice of motion by which Scientology intended to commence criminal contempt proceedings against the respondent, a Crown attorney. The notice of motion alleged that the respondent had misled a judge and had breached orders sealing certain documents belonging to Scientology. The remedy sought was the imposition of a fine or his imprisonment. At the contempt proceedings, the allegations against the respondent were found to be untrue and without foundation. He thereupon commenced an action for damages in

*Charte s’applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).*

*Libelle et diffamation — Common law de la diffamation — Charte canadienne des droits et libertés — La common law de la diffamation est-elle conforme aux valeurs de la Charte? — Faut-il adopter la règle de la «malveillance véritable»?*

*Libelle et diffamation — Moyens de défense — Immunité relative — L’Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L’avocat et des représentants de l’Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L’avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d’outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — La défense de l’immunité relative peut-elle être invoquée?*

*Libelle et diffamation — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts punitifs — L’Église de scientologie institue une procédure pour outrage au criminel contre un substitut du procureur général — L’avocat et des représentants de l’Église tiennent une conférence de presse devant le palais de justice — L’avocat lit et commente des allégations contenues dans la requête pour outrage — Les allégations d’outrage se révèlent fausses par la suite — Le substitut du procureur général intente une action en dommages-intérêts pour libelle — L’avocat et l’Église sont condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux — L’Église est condamnée à des dommages-intérêts majorés et punitifs — Faut-il imposer un plafond aux dommages-intérêts généraux dans les affaires de diffamation? — Les montants adjugés à titre de dommages-intérêts doivent-ils être maintenus?*

Accompagné de représentants de l’appelante, l’Église de scientologie, l’appelant M a tenu une conférence de presse devant le palais de justice. Vêtu de sa toge d’avocat, M a lu et commenté certaines allégations contenues dans un avis de requête par lequel Scientology souhaitait instituer une procédure pour outrage au criminel contre l’intimé, un substitut du procureur général. On y alléguait que l’intimé avait induit un juge en erreur et avait enfreint des ordonnances de mise sous scellés de certains documents appartenant à Scientology. On y réclamait la condamnation de l’intimé à une amende ou à une peine d’emprisonnement. Lors de la procédure pour outrage, les allégations visant l’intimé se sont révélées fausses et sans fondement. Il a alors intenté une

libel against the appellants. Both appellants were found jointly liable for general damages in the amount of \$300,000 and Scientology alone was found liable for aggravated damages of \$500,000 and punitive damages of \$800,000. This judgment was affirmed by the Court of Appeal. The major issues raised in this appeal are whether the common law of defamation is consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and whether the jury's award of damages can stand.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The respondent's action for damages does not constitute government action within the meaning of s. 32 of the *Charter*. The fact that persons are employed by the government does not mean that their reputation is automatically divided into two parts, one related to their personal life and the other to their employment status. Reputation is an integral and fundamentally important aspect of every individual; it exists for everyone quite apart from employment. The appellants impugned the character, competence and integrity of the respondent himself, and not that of the government. He, in turn, responded by instituting legal proceedings in his own capacity. There was no evidence that the Ministry of the Attorney General or the Government of Ontario required or even requested him to do so. Neither is there any indication that the Ministry controlled the conduct of the litigation in any way. The fact that the respondent's suit may have been funded by the Ministry does not alter his constitutional status or cloak his personal action in the mantle of government action. Further, even if there were sufficient government action to bring this case within s. 32, the appellants failed to provide any evidentiary basis upon which to adjudicate their constitutional attack.

The common law must be interpreted in a manner which is consistent with *Charter* principles. This obligation is simply a manifestation of the inherent jurisdiction of the courts to modify or extend the common law in order to comply with prevailing social conditions and values. In its application to the parties in this action, the common law of defamation complies with the underlying values of the *Charter* and there is no need to amend or alter it. The common law strikes an appropriate balance between the twin values of reputation and freedom of expression. The protection of reputation is of vital importance, and consideration must be given to the particular significance reputation has for a lawyer. Although it is not specifically mentioned in the *Charter*,

action en dommages-intérêts pour libelle contre les appellants. Tous deux ont été condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux de 300 000 \$, et Scientology seule a été condamnée à payer des dommages-intérêts majorés de 500 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs de 800 000 \$. La Cour d'appel a confirmé ce jugement. Le pourvoi soulève deux questions centrales: la common law de la diffamation est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'adjudication des dommages-intérêts par le jury peut-elle être maintenue?

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'action en dommages-intérêts intentée par l'intimé n'est pas une «action gouvernementale» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Le fait pour une personne de travailler pour le gouvernement ne signifie pas que sa réputation se divise automatiquement en deux moitiés, l'une reliée à sa vie privée et l'autre à son emploi. La réputation est un aspect intégral et fondamentalement important de tout individu. Elle vaut pour tous, peu importe l'emploi occupé. Les appelants ont attaqué la moralité, la compétence et l'intégrité de l'intimé, et non ceux du gouvernement. À son tour, il a répliqué en instituant une procédure judiciaire de son propre chef. Aucune preuve n'indique que le ministère du Procureur général ou le gouvernement de l'Ontario ont exigé ou même demandé qu'il le fasse, ni que le ministère veillait de quelque façon au déroulement du litige. Le fait que l'action intentée par l'intimé puisse avoir été financée par le ministère ne change rien à son statut constitutionnel, ni ne revêt son action personnelle du statut d'action gouvernementale. Par ailleurs, même s'il y avait eu action gouvernementale suffisante pour entraîner l'application de l'art. 32, les appelants n'ont pas fourni un fondement de preuve qui permettrait de résoudre leur contestation constitutionnelle.

La common law doit être interprétée d'une manière qui est conforme aux principes de la *Charte*. Cette exigence illustre simplement le pouvoir inhérent qu'ont les tribunaux de modifier ou d'élargir la common law de façon à ce qu'elle respecte les conditions et valeurs sociales contemporaines. Dans son application aux parties en l'espèce, la common law de la diffamation respecte les valeurs de la *Charte* et il n'est pas besoin de la modifier. La common law offre un juste équilibre entre les valeurs jumelles de réputation et de liberté d'expression. La protection de la réputation est d'importance vitale et il faut tenir compte de l'importance particulière que revêt la réputation pour l'avocat. Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la

the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. Further, reputation is intimately related to the right to privacy, which has been accorded constitutional protection. The "actual malice" rule should not be adopted in Canada in an action between private litigants. The law of defamation is not unduly restrictive or inhibiting. Freedom of speech, like any other freedom, is subject to the law and must be balanced against the essential need of individuals to protect their reputation.

Qualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself. The legal effect of the defence of qualified privilege is to rebut the inference, which normally arises from the publication of defamatory words, that they were spoken with malice. Where the occasion is shown to be privileged, the *bona fides* of the defendant is presumed and the defendant is free to publish, with impunity, remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff. The privilege is not absolute, however, and can be defeated if the dominant motive for publishing the statement is actual or express malice. Malice is commonly understood, in the popular sense, as spite or ill-will. However, it also includes any indirect motive or ulterior purpose that conflicts with the sense of duty or the mutual interest which the occasion created. Malice may also be established by showing that the defendant spoke dishonestly, or in knowing or reckless disregard for the truth. Qualified privilege may also be defeated when the limits of the duty or interest have been exceeded. The fact that an occasion is privileged does not necessarily protect all that is said or written on that occasion. The information communicated must be reasonably appropriate in the context of the circumstances existing on the occasion when that information was given.

The traditional common law rule with respect to reports on documents relating to judicial proceedings is that, where there are judicial proceedings before a properly constituted judicial tribunal exercising its jurisdiction in open court, then the publication without malice of a fair and accurate report of what takes place before that tribunal is privileged. However, the common law immunity was not extended to a report on pleadings or other documents which had not been filed with the court or referred to in open court. Prior to holding the press conference M had every intention of initiating the contempt action in accordance with the prevailing rules, and had given instructions to this effect. The fact that the proper documents were not filed until the next morn-

bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. La règle de la «malveillance véritable» ne devrait pas être adoptée au Canada dans une action opposant des plaideurs privés. Le droit de la diffamation n'est pas indûment restrictif ou inhibitif. La liberté de parole, comme toute autre liberté, est assujettie à la loi et doit être mesurée en regard de la nécessité essentielle pour les individus de protéger leur réputation.

L'immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication, et non à la communication elle-même. La défense d'immunité relative a pour effet en droit de réfuter l'inférence, qui normalement découle de la publication de propos diffamatoires, que ceux-ci étaient motivés par la malveillance. Lorsque l'on établit qu'il y a immunité, la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier en toute impunité des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexacts. Toutefois, l'immunité n'est pas absolue et peut être levée si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse. La malveillance s'entend dans le sens populaire de la rancune ou de l'animosité. Toutefois, elle comprend également tout motif indirect ou caché qui entre en conflit avec le sens du devoir ou l'intérêt mutuel que l'occasion a créé. On établira également l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur a parlé avec malhonnêteté, ou au mépris délibéré ou indifférent de la vérité. L'immunité relative peut également cesser d'exister lorsqu'on a passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt. L'immunité résultant d'une situation ne couvre pas nécessairement tout ce qui est dit ou écrit à cette occasion. L'information communiquée doit être raisonnablement appropriée dans les circonstances qui prévalaient lorsque l'information a été transmise.

Suivant la règle de common law traditionnelle relative à la description de documents liés à une procédure judiciaire, lorsque des procédures judiciaires sont instituées devant un tribunal légitimement constitué, qui exerce sa compétence en séance publique, la publication sans malveillance d'un compte rendu juste et exact de ce qui se passe devant ce tribunal jouit de l'immunité. L'immunité de common law n'a cependant pas été étendue aux comptes rendus d'actes de procédure ou autres documents qui n'ont pas été déposés auprès du tribunal, ni mentionnés en audience publique. Avant de tenir la conférence de presse, M avait la ferme intention d'introduire l'action pour outrage conformément aux règles qui existaient alors, et il avait donné des instructions dans ce

ing should not defeat the qualified privilege which attached to this occasion. M's conduct, however, far exceeded the legitimate purposes of the occasion. The circumstances of this case called for great restraint in the communication of information concerning the proceedings launched against the respondent. As an experienced lawyer, M ought to have taken steps to confirm the allegations that were being made. This is particularly true since he should have been aware of the Scientology investigation pertaining to access to the sealed documents. In those circumstances he was duty bound to wait until the investigation was completed before launching such a serious attack on the respondent's professional integrity. M failed to take either of these reasonable steps. As a result of this failure, the permissible scope of his comments was limited and the qualified privilege which attached to his remarks was defeated. The press conference was held on the courthouse steps in the presence of representatives from several media organizations. This constituted the widest possible dissemination of grievous allegations of professional misconduct that were yet to be tested in a court of law. His comments were made in language that portrayed the respondent in the worst possible light. This was neither necessary nor appropriate in the existing circumstances. While it is not necessary to characterize M's conduct as amounting to actual malice, it was certainly high-handed and careless and exceeded any legitimate purpose the press conference may have served. His conduct therefore defeated the qualified privilege that attached to the occasion.

When properly instructed, jurors are uniquely qualified to assess the damages suffered by the plaintiff. An appellate court is not entitled to substitute its own judgment as to the proper award for that of the jury merely because it would have arrived at a different figure. General damages in defamation cases are presumed from the very publication of the false statement and are awarded at large. It is members of the community in which the defamed person lives who will be best able to assess the damages. The jury as representative of that community should be free to make an assessment of damages which will provide the plaintiff with a sum of money that clearly demonstrates to the community the vindication of the plaintiff's reputation. No cap should be placed on general damages for defamation. First, the injury suffered by a plaintiff as a result of injurious false statements is entirely different from the non-pecuniary damages suffered by a plaintiff in a personal injury case. Second, at the time the cap was placed on non-pecuniary damages in personal injury cases, their assessment had become a very real problem for the courts and for soci-

sens. Le fait que les documents appropriés n'aient été déposés que le lendemain matin ne devrait pas écarter l'immunité relative qui s'appliquait à cette situation. Toutefois, le comportement de M a dépassé de beaucoup les objectifs légitimes de la situation. Les circonstances de l'affaire exigeaient une grande retenue dans la communication de l'information concernant les procédures lancées contre l'intimé. En avocat expérimenté, M aurait dû prendre des mesures pour confirmer les allégations qu'il allait faire, d'autant plus qu'il devait savoir que Scientology menait une enquête relativement à l'accès aux documents scellés. Dans ces circonstances, il avait le devoir d'attendre que cette investigation soit close avant de lancer contre l'intégrité professionnelle de l'intimé une attaque aussi grave. M n'a pris ni l'une ni l'autre de ces mesures raisonnables. Par suite de cette omission, la portée admissible de ses commentaires était limitée et l'immunité relative qui s'appliquait à ses remarques a cessé d'être. La conférence de presse s'est déroulée sur les marches du palais de justice en présence de représentants de plusieurs médias. Cela constituait la publication la plus vaste possible d'allégations graves d'inconduite professionnelle non encore vérifiées devant une cour de justice. Ses commentaires décrivaient l'intimé sous l'éclairage le plus sombre. Cela était inutile et inconvenant dans les circonstances. Il n'est pas nécessaire de qualifier la conduite de M de véritable malveillance, mais elle était certainement abusive et imprudente et allait au-delà de tout objectif légitime que pouvait servir la conférence de presse. Sa conduite a donc éliminé l'immunité relative qui s'appliquait à la situation.

Pourvus de directives appropriées, les jurés sont les seuls qualifiés pour évaluer le tort causé au demandeur. Le tribunal d'appel ne peut substituer sa propre opinion à celle du jury quant au montant approprié uniquement parce qu'il en serait arrivé à un montant différent. Dans les affaires de diffamation, la publication même d'une fausse déclaration crée la présomption qu'il y a lieu normalement à dommages-intérêts généraux. Ce sont les membres de la communauté dans laquelle vit la victime qui sont les mieux à même d'évaluer le préjudice. Le jury, en tant que représentant de cette communauté, doit être libre d'effectuer une évaluation des dommages-intérêts que le demandeur est fondé à recevoir et qui démontrent clairement à la communauté que sa réputation a été restaurée. On ne devrait pas imposer de maximum aux dommages-intérêts généraux accordés en matière de diffamation. Premièrement, le tort subi par un demandeur du fait de déclarations fausses et injurieuses est complètement différent des dommages non pécuniaires subis par le demandeur dans une affaire de blessures corporelles. Deuxièmement, à l'époque où le plafond a été

ety as a whole, which is not the case with libel actions. The award of \$300,000 by way of general damages was justified in this case. Both appellants published the notice of motion. All persons who are involved in the commission of a joint tort are jointly and severally liable for the damages caused by that tort, and it would thus be wrong in law to have a jury attempt to apportion liability for general damages between the joint tortfeasors. The reports in the press were widely circulated and the television broadcast had a wide coverage. The setting and the persons involved gave the coverage an aura of credibility and significance that must have influenced all who saw and read the accounts. The misconduct of the appellants continued after the first publication. Prior to the commencement of the hearing of the contempt motion, Scientology was aware that the allegations it was making against the respondent were false, yet it persisted with the contempt hearings, as did M. At the conclusion of the hearings, both appellants were aware of the falsity of the allegations. Nonetheless, when the libel action was instituted, the defence of justification was put forward by both of them. Although M withdrew the plea of justification, this was only done in the week prior to the commencement of the trial itself, and Scientology did not withdraw its plea until the hearing of the appeal. Finally, the manner in which the respondent was cross-examined by the appellants, coupled with the manner in which they presented their position to the jury, in light of their knowledge of the falsity of their allegations, are further aggravating factors to be taken into account.

Aggravated damages may be awarded in circumstances where the defendant's conduct has been particularly high-handed or oppressive, thereby increasing the plaintiff's humiliation and anxiety arising from the libellous statement. If aggravated damages are to be awarded, there must be a finding that the defendant was motivated by actual malice, which increased the injury to the plaintiff, either by spreading further afield the damage to the reputation of the plaintiff, or by increasing the mental distress and humiliation of the plaintiff. The factors that a jury may properly take into account in assessing aggravated damages include whether there was a withdrawal of the libellous statement made by the defendant and an apology tendered, whether there was a repetition of the libel, conduct that was calculated to deter the plaintiff from proceeding with the libel action, a prolonged and hostile cross-examination of the plaintiff or a plea of justification which the defendant knew was bound to fail. The general manner in which the

fixé à l'égard des dommages-intérêts non pécuniaires dans les affaires de blessures corporelles, leur évaluation était devenu un problème aigu pour les tribunaux et la société en général, ce qui n'est pas le cas des actions en libelle. Les dommages-intérêts généraux de 300 000 \$ étaient justifiés en l'espèce. Les appelants ont tous deux publié l'avis de requête. Tous ceux qui participent à la perpétration d'un délit sont solidairement responsables pour le préjudice ainsi causé. Il serait donc erroné en droit de demander au jury de répartir la responsabilité quant aux dommages-intérêts généraux entre les auteurs solidaires du délit. Les articles de presse ont été largement diffusés et le reportage télévisé a reçu une immense couverture. Le cadre et les participants ont donné à la couverture une aura de crédibilité et d'importance qui a dû influencer tous ceux qui ont vu ou lu les reportages. Les appelants ont poursuivi leur mauvaise conduite après la première publication. Avant le début de l'audition de la requête pour outrage, Scientology savait que les allégations visant l'intimé étaient fausses. Elle a quand même poursuivi l'instance relative à l'outrage, tout comme M. À l'issue de l'audition, les deux appelants savaient que les allégations étaient fausses. Pourtant, lorsque l'action en libelle a été intentée, tous deux ont invoqué la défense de justification. M n'a retiré son plaidoyer de justification que dans la semaine précédant le procès lui-même. Scientology n'a retiré son plaidoyer de justification qu'à l'audition de l'appel. Enfin, la manière dont les appelants ont contre-interrogé l'intimé, et la manière dont ils ont présenté leurs prétentions au jury, tout en sachant que leurs allégations étaient fausses, sont d'autres facteurs aggravants dont il faut tenir compte.

On peut accorder des dommages-intérêts majorés lorsque le comportement du défendeur est particulièrement abusif ou opprimant, et accroît l'humiliation et l'anxiété qu'engendre chez le demandeur la déclaration diffamatoire. Pour accorder des dommages-intérêts majorés, il faut avoir conclu que le défendeur était motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur, soit en propageant davantage le tort causé à sa réputation, soit en intensifiant son angoisse morale et son humiliation. Au nombre des facteurs qu'un jury est fondé à considérer en vue de fixer les dommages-intérêts majorés, il y a la question de savoir si le défendeur a retiré la déclaration diffamatoire, s'il a présenté des excuses, si le défendeur a répété le libelle, s'il s'est comporté de façon à empêcher le demandeur d'introduire l'action en libelle, s'il a fait subir au demandeur un contre-interrogatoire long et hostile, ou s'il a invoqué un plaidoyer de justification qu'il savait voué à l'échec. La manière générale dont le

defendant presented its case is also relevant. Further, it is appropriate for a jury to consider the conduct of the defendant at the time the libel was published. In this case, there was ample evidence upon which the jury could properly base their finding of aggravated damages. Every aspect of this case demonstrates the very real and persistent malice of Scientology.

Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency. They should only be awarded in those circumstances where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence. Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large, and consequently courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose, as they did in this case. Further, the circumstances presented in this exceptional case demonstrate that there was such insidious, pernicious and persistent malice that the award for punitive damages cannot be said to be excessive.

*Per L'Heureux-Dubé J.:* Cory J.'s reasons were generally agreed with, except with respect to the scope of the defence of qualified privilege. The common law of defamation, as it is applied to the parties in this action, is consistent with the values enshrined in the *Charter*. There is accordingly no need to amend or alter it or, in particular, to adopt the "actual malice" rule. The defence of qualified privilege, however, is not available with respect to reports of pleadings in purely private litigation upon which no judicial action has yet been taken. The defence is available only with respect to reports of judicial proceedings. While there is a right to publish details of judicial proceedings before they are heard in open court, such publication does not enjoy the protection of qualified privilege if it is defamatory.

## Cases Cited

By Cory J.

**Not followed:** *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **referred to:** *Edmonton Journal v.*

défendeur a présenté sa preuve est également pertinente. Par ailleurs, il convient pour un jury de considérer le comportement du défendeur à l'époque de la publication du libelle. Dans la présente affaire, il y avait une preuve abondante sur le fondement de laquelle le jury pouvait à bon droit accorder des dommages-intérêts majorés. Chaque aspect de cette affaire révèle la malveillance très réelle et constante de Scientology.

On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Ils ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader. Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel, comme c'était le cas en l'espèce. Par ailleurs, les circonstances de cette affaire exceptionnelle démontrent qu'il y a eu une malveillance si insidieuse, pernicieuse et persistante que le montant des dommages-intérêts punitifs ne peut être jugé excessif.

*Le juge L'Heureux-Dubé:* L'opinion du juge Cory est substantiellement acceptée sauf en ce qui concerne la portée de la défense d'immunité relative. La common law de la diffamation, telle qu'elle s'applique aux parties à cette action, est conforme aux valeurs consacrées dans la *Charte*. Aussi n'est-il pas nécessaire de changer ou de modifier la common law, ni en particulier d'adopter la règle de la «malveillance véritable». Toutefois la défense d'immunité relative ne peut être invoquée à l'égard de comptes rendus d'actes de procédure dans le cadre de litiges purement privés, sur le fondement desquels aucune action judiciaire n'a encore été instituée. La défense d'immunité relative ne peut être invoquée que pour le compte rendu de procédures judiciaires. Il existe un droit de publier les détails de procédures judiciaires avant qu'elles soient entendues en audience publique, mais cette publication ne jouit pas de la protection de l'immunité relative si son contenu est diffamatoire.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt non suivi:** *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **arrêts mentionnés:** *Edmonton Journal*

*Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Re British Columbia Government Employees' Union*, [1983] 6 W.W.R. 640; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sweeney v. Patterson*, 128 F.2d 457 (1942), cert. denied 317 U.S. 678 (1942); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Derrickson v. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401; *De Libellis Famosis* (1605), 5 Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250; *King v. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552; *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966); *Vogel v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Barr c. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959); *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985); *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986); *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743; *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Taylor v. Despard*, [1956] O.R. 963; *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302; *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Rantzen v. Mirror Group Newspapers* (1986) Ltd., [1993] 4 All E.R. 975; *Ley v. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Jill Fishing Ltd. v. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (QL); *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801; *Blackshaw v. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311; *Sutcliffe v. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269; *Carson v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577; *Lawson v.*

*c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Re British Columbia Government Employees' Union*, [1983] 6 W.W.R. 640; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sweeney c. Patterson*, 128 F.2d 457 (1942), cert. refusé 317 U.S. 678 (1942); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Derrickson c. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401; *De Libellis Famosis* (1605), 5 Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250; *King c. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552; *Rosenblatt c. Baer*, 383 U.S. 75 (1966); *Vogel c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Barr c. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959); *Dun & Bradstreet, Inc. c. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985); *Coughlin c. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986); *Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *Silkin c. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743; *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Taylor c. Despard*, [1956] O.R. 963; *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302; *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Rantzen c. Mirror Group Newspapers* (1986) Ltd., [1993] 4 All E.R. 975; *Ley c. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Jill Fishing Ltd. c. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (QL); *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801; *Blackshaw c. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311; *Sutcliffe c. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269; *Carson c. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R.

*Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362; *Kerr v. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70; *Egger v. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248.

By L'Heureux-Dubé J.

**Not followed:** *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1989, c. 67, s. 4.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 32(1).  
*Constitution Act*, 1982, s. 52.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 137(1).  
*Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 490(15), 504.  
*Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12.  
*Marriage Act*, R.S.O. 1980, c. 256, s. 20(2).  
*Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17.

### Authors Cited

Australia. Law Reform Commission. Report No. 11. *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1979.  
 Barrett, David A. "Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative" (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847.  
 Barron, Jerome A. "Access to the Press — A New First Amendment Right" (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641.  
 Bezanson, Randall P. "Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight" (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226.  
 Bollinger, Lee C. "The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*", [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1.  
 Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf).

577; *Lawson c. Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362; *Kerr c. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70; *Egger c. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêt non suivi:** *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 32(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 490(15), 504.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi modifiant la Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1989, ch. 67, art. 4.  
*Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12.  
*Loi sur le mariage*, L.R.O. 1980, ch. 256, art. 20(2).  
*Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17.  
*Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. C.49.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 137(1).

### Doctrine citée

Australia. Law Reform Commission. Report No. 11. *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1979.  
 Barrett, David A. «Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative» (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847.  
 Barron, Jerome A. «Access to the Press — A New First Amendment Right» (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641.  
 Bezanson, Randall P. «Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight» (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226.  
 Bollinger, Lee C. «The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*», [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1.  
 Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf).

- Canadian Daily Newspaper Association. Response to A Consultation Draft of the General Limitations Act (September 1991).
- Carter-Ruck on Libel and Slander, 4th ed. By Peter F. Carter-Ruck, Richard Walker and Harvey N. A. Starte. London: Butterworths, 1992.
- Christie, George C. "Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches" (1976), 75 Mich. L. Rev. 43.
- Epstein, Richard A. "Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?" (1986), 53 U. Chi. L. Rev. 782.
- Gatley on Libel and Slander, 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings, 4th ed. By Richard O'Sullivan. London: Sweet & Maxwell, 1953.
- Hawreluk, David. "The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct" (1993), 27 L. Soc. Gaz. 119.
- Ireland. Law Reform Commission. Report on the Civil Law of Defamation. Dublin: Law Reform Commission, 1991.
- Lepofsky, M. David. "Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws 'Chill' the Exercise of Freedom of Expression?" (1994), 4 N.J.C.L. 169.
- Leval, Pierre N. "The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place" (1988), 101 Harv. L. Rev. 1287.
- Lewis, Anthony. "New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'" (1983), 83 Colum. L. Rev. 603.
- London, Martin. "The 'Muzzled Media': Constitutional Crisis or Product Liability Scam?". In *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press*. New York: Twentieth Century Fund, 1993.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 Alta. L. Rev. 361.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts, 20th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1992.
- United Kingdom. Report of the Committee on Defamation. London: H.M.S.O., 1975.
- Veeder, Van Vechten. "The History and Theory of the Law of Defamation" (1903), 3 Colum. L. Rev. 546.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).
- Canadian Daily Newspaper Association. Response to A Consultation Draft of the General Limitations Act (September 1991).
- Carter-Ruck on Libel and Slander, 4th ed. By Peter F. Carter-Ruck, Richard Walker and Harvey N. A. Starte. London: Butterworths, 1992.
- Christie, George C. «Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches» (1976), 75 Mich. L. Rev. 43.
- Epstein, Richard A. «Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?» (1986), 53 U. Chi. L. Rev. 782.
- Gatley on Libel and Slander, 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings, 4th ed. By Richard O'Sullivan. London: Sweet & Maxwell, 1953.
- Hawreluk, David. «The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct» (1993), 27 L. Soc. Gaz. 119.
- Ireland. Law Reform Commission. Report on the Civil Law of Defamation. Dublin: Law Reform Commission, 1991.
- Lepofsky, M. David. «Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws «Chill» the Exercise of Freedom of Expression?» (1994), 4 N.J.C.L. 169.
- Leval, Pierre N. «The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place» (1988), 101 Harv. L. Rev. 1287.
- Lewis, Anthony. «New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to «The Central Meaning of the First Amendment»» (1983), 83 Colum. L. Rev. 603.
- London, Martin. «The «Muzzled Media»: Constitutional Crisis or Product Liability Scam?». In *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press*. New York: Twentieth Century Fund, 1993.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 Alta. L. Rev. 361.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts, 20th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1992.
- United Kingdom. Report of the Committee on Defamation. London: H.M.S.O., 1975.
- Veeder, Van Vechten. «The History and Theory of the Law of Defamation» (1903), 3 Colum. L. Rev. 546.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129, affirming a judgment of the Ontario Court of Jus-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129, qui a confirmé un jugement de la Cour de Justice de

tice (General Division) awarding the respondent damages for libel against the appellants. Appeal dismissed.

*Bryan Finlay, Q.C., and Christopher J. Tzekas, for the appellant Morris Manning.*

*Marc J. Somerville, Q.C., and R. Ross Wells, for the appellant the Church of Scientology of Toronto.*

*Robert P. Armstrong, Q.C., and Kent E. Thomson, for the respondent.*

*Lori Sterling and Hart Schwartz, for the intervenor the Attorney General for Ontario.*

*Robert J. Sharpe and Kent Roach, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.*

*Edward M. Morgan, for the intervenors the Writers' Union of Canada, PEN Canada, the Canadian Association of Journalists, the Periodical Writers Association of Canada, and the Book and Periodical Council.*

*Peter W. Hogg, Q.C., and Brian MacLeod Rogers, for the intervenors the Canadian Daily Newspaper Association, the Canadian Community Newspapers Association, the Canadian Association of Broadcasters, the Radio-Television News Directors Association of Canada, the Canadian Book Publishers' Council and the Canadian Magazine Publishers' Association.*

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

<sup>1</sup> CORY J. — On September 17, 1984, the appellant Morris Manning, accompanied by representatives of the appellant Church of Scientology of Toronto ("Scientology"), held a press conference on the steps of Osgoode Hall in Toronto. Manning, who was wearing his barrister's gown, read from and commented upon allegations contained in a notice of motion by which Scientology intended to commence criminal contempt proceedings against the respondent Casey Hill, a Crown attorney. The

l'Ontario (Division générale) condamnant les appelants à verser à l'intimé des dommages-intérêts pour libelle. Pourvoi rejeté.

*Bryan Finlay, c.r., et Christopher J. Tzekas, pour l'appellant Morris Manning.*

*Marc J. Somerville, c.r., et R. Ross Wells, pour l'appelante l'Église de scientologie de Toronto.*

*Robert P. Armstrong, c.r., et Kent E. Thomson, pour l'intimé.*

*Lori Sterling et Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Robert J. Sharpe et Kent Roach, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.*

*Edward M. Morgan, pour les intervenants Writers' Union of Canada, PEN Canada, l'Association canadienne des journalistes, Periodical Writers Association of Canada, et Book and Periodical Council.*

*Peter W. Hogg, c.r., et Brian MacLeod Rogers, pour les intervenants l'Association canadienne des éditeurs de quotidiens, Canadian Community Newspapers Association, l'Association canadienne des radiodiffuseurs, l'Association canadienne des directeurs de l'information en radio-télévision, Canadian Book Publishers' Council et Canadian Magazine Publishers' Association.*

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — Le 17 septembre 1984, accompagné de représentants de l'appelante, l'Église de scientologie de Toronto («Scientologie»), l'appellant Morris Manning a tenu une conférence de presse devant Osgoode Hall à Toronto. Vêtu de sa toge d'avocat, il a lu et commenté certaines allégations contenues dans un avis de requête par lequel Scientology souhaitait instituer une procédure pour outrage au criminel contre l'intimé Casey Hill, substitut du procureur général. On

notice of motion alleged that Casey Hill had misled a judge of the Supreme Court of Ontario and had breached orders sealing certain documents belonging to Scientology. The remedy sought was the imposition of a fine or the imprisonment of Casey Hill.

y alléguait que Casey Hill avait induit en erreur un juge de la Cour suprême de l'Ontario et avait enfreint des ordonnances de mise sous scellés de certains documents appartenant à Scientology. On y réclamait également la condamnation de Casey Hill à une amende ou à une peine d'emprisonnement.

At the contempt proceedings, the allegations against Casey Hill were found to be untrue and without foundation. Casey Hill thereupon commenced this action for damages in libel against both Morris Manning and Scientology. On October 3, 1991, following a trial before Carruthers J. and a jury, Morris Manning and Scientology were found jointly liable for general damages in the amount of \$300,000 and Scientology alone was found liable for aggravated damages of \$500,000 and punitive damages of \$800,000. Their appeal from this judgment was dismissed by a unanimous Court of Appeal: (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129.

Lors de la procédure pour outrage, les allégations visant Casey Hill se sont révélées fausses et sans fondement. Casey Hill a alors intenté une action en dommages-intérêts pour libelle contre Morris Manning et Scientology. Le 3 octobre 1991, au terme d'un procès devant le juge Carruthers et un jury, Morris Manning et Scientology ont été condamnés solidairement à des dommages-intérêts généraux de 300 000 \$, et Scientology seule a été condamnée à payer des dommages-intérêts majorés de 500 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs de 800 000 \$. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité leur appel de ce jugement: (1994), 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161, 20 C.C.L.T. (2d) 129.

### I. Factual Background

As in all actions for libel, the factual background is extremely important and must be set out in some detail. At the time the defamatory statements were made, Casey Hill was employed as counsel with the Crown Law Office, Criminal Division of the Ministry of the Attorney General for the Province of Ontario. He had given advice to the Ontario Provincial Police ("OPP") regarding a warrant obtained on March 1, 1983 which authorized a search of the premises occupied by Scientology. During the execution of the search warrant on March 3 and 4, 1983, approximately 250,000 documents, comprising over 2 million pages of material, were seized. These documents were stored in some 900 boxes at an OPP building in Toronto.

### I. Historique des faits

Comme dans toute action pour libelle, le contexte factuel est extrêmement important et doit être exposé dans les détails. Au moment où les propos diffamatoires ont été tenus, Casey Hill était avocat au Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, au ministère du Procureur général pour la province d'Ontario. Il avait conseillé la Police provinciale de l'Ontario («PPO») relativement à un mandat obtenu le 1<sup>er</sup> mars 1983, autorisant la fouille des locaux de Scientology. Au cours de l'exécution du mandat de perquisition les 3 et 4 mars 1983, approximativement 250 000 documents représentant plus de 2 millions de pages ont été saisis puis emmagasinés dans quelque 900 boîtes dans un édifice appartenant à la PPO à Toronto.

Immediately following the seizure, Scientology retained Clayton Ruby to bring a motion to quash the search warrant and to seek the return of the seized documents. Casey Hill, who had gained

Immédiatement après la saisie, Scientology a retenu les services de Clayton Ruby pour présenter une requête en annulation du mandat de perquisition et demander la remise des documents saisis. Casey Hill, qui avait acquis une certaine expérience et une compétence particulière dans le

experience and special skill in the area of search and seizure, acted as counsel for the Crown.

domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies, agissait pour le ministère public.

5 The litigation commenced on March 7, 1983 and continued throughout 1983 and 1984. On July 11, 1984, Osler J. ruled that solicitor-and-client privilege applied to 232 of the seized documents he had reviewed and ordered that they remain sealed pending further order of the court. Several sealing orders and endorsements were ultimately made by Justices of the Supreme Court of Ontario.

Engagée le 7 mars 1983, la procédure s'est poursuivie tout au long de 1983 et 1984. Le 11 juillet 1984, ayant statué que le privilège du secret professionnel de l'avocat s'appliquait à 232 des documents saisis qu'il avait examinés, le juge Osler a ordonné qu'ils demeurent scellés jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour. Plusieurs ordonnances et jugements de mise sous scellés ont par la suite été rendus par des juges de la Cour suprême de l'Ontario.

6 Throughout this period, Casey Hill dealt frequently with Clayton Ruby and other counsel for Scientology in connection with various matters ranging from the trivial to the significant. They were invariably resolved in a spirit of co-operation and professional courtesy, even in those situations where the parties proceeded with contested motions.

Pendant ce temps, Casey Hill a traité fréquemment avec Clayton Ruby et d'autres avocats de Scientology relativement à diverses questions, certaines importantes, d'autres moins. Elles ont invariablement été résolues dans un esprit de collaboration et de courtoisie professionnelle, même lorsqu'il s'agissait de requêtes contestées.

7 In March of 1983, Scientology retained Charles Campbell to make an application to Rosemarie Drapkin, the Deputy Registrar General of the Ministry of Consumer and Commercial Relations, requesting that its president, Earl Smith, be granted the authorization to solemnize marriages pursuant to s. 20(2) of the *Marriage Act*, R.S.O. 1980, c. 256. One year later, Scientology commenced an application for judicial review of Rosemarie Drapkin's failure to approve that application.

En mars 1983, Scientology a retenu les services de Charles Campbell pour présenter à Rosemarie Drapkin, registraire général adjoint au ministère de la Consommation et du Commerce, une demande visant à ce que son président Earl Smith soit autorisé à célébrer le mariage conformément au par. 20(2) de la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1980, ch. 256. Un an plus tard, Scientology a présenté une demande de contrôle judiciaire relativement à l'omission par Rosemarie Drapkin d'agréer à la demande.

8 Rosemarie Drapkin believed that it would help her to assess the application if she could review the seized documents. To that end, Kim Twohig, a solicitor in the Civil Division of the Crown Law Office, approached Casey Hill in July 1984. He advised her that there was a motion outstanding before Osler J. for an order quashing the search warrant and that access would only be granted if a court order was obtained pursuant to s. 490(15) (formerly 446(15)) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He explained that there had been several interim rulings in this matter and stated that "this was probably the type of case where the

Rosemarie Drapkin estimait que, pour évaluer la demande, il lui serait utile d'examiner les documents saisis. À cette fin, Kim Twohig, procureur au Bureau des avocats de la Couronne — Droit civil, a communiqué avec Casey Hill en juillet 1984. Ce dernier l'a informée qu'une requête non encore tranchée avait été soumise au juge Osler en vue d'annuler le mandat de perquisition et que l'accès ne serait autorisé que si une ordonnance de la cour était obtenue conformément au par. 490(15) (auparavant 446(15)) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a expliqué que plusieurs décisions intérimaires avaient été rendues

judge hearing such an application would want notice given to Scientology”.

During the last week of July 1984, Casey Hill travelled to Nassau to meet with the Attorney General of the Bahamas in respect of an ongoing criminal investigation. In the course of a telephone conversation, Kim Twohig conveyed to Casey Hill the urgent need she had to gain access to the documents as a date had been fixed to hear Scientology’s application for judicial review. Casey Hill testified that he told Kim Twohig that her *Criminal Code* application would have to be served on the Crown Law Office, Criminal Division in the usual fashion to obtain its consent.

Kim Twohig prepared the necessary materials, including the notice of motion and an affidavit of Rosemarie Drapkin, and obtained the requisite consent from James Blacklock of the Crown Law Office, Criminal Division. The application was then filed in Weekly Court on July 30, 1984 with the assistance of Jerome Cooper, a solicitor with the Ministry of Consumer and Commercial Relations. No notice was given to Scientology. The following day, a consent order granting access to all of the seized documents was issued by Sirois J. in chambers without submissions from counsel.

In her testimony at the trial of this action, Kim Twohig agreed that she alone made the decision not to provide notice to Scientology of her application. She testified that she assumed that the presiding judge would determine whether notice was necessary or appropriate. It was only later that she realized that the order of Sirois J. might provide access to sealed documents.

By letter dated August 22, 1984, Rosemarie Drapkin wrote to Charles Campbell concerning Scientology’s application and advised that she had “reviewed certain documents relating to the Scientology organization which were seized pursuant to the search warrant” issued on March 1,

sur cette question et déclaré qu’il [TRADUCTION] «s’agit probablement d’un cas où le juge saisi de la demande exigerait qu’on avise Scientology».

Au cours de la dernière semaine de juillet 1984, Casey Hill s’est rendu à Nassau pour y rencontrer le Procureur général des Bahamas relativement à une enquête en cours au criminel. Au cours d’une conversation téléphonique, Kim Twohig a informé Casey Hill qu’il était urgent pour elle d’obtenir accès aux documents parce qu’une date avait été fixée pour l’audition de la demande de contrôle judiciaire présentée par Scientology. Casey Hill a témoigné avoir informé Kim Twohig que sa demande fondée sur le *Code criminel* devrait être signifiée de la manière habituelle au Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, en vue d’obtenir un consentement.

Kim Twohig a rédigé les documents nécessaires, dont l’avis de requête et un affidavit de Rosemarie Drapkin, et a obtenu le consentement requis de James Blacklock du Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel. Le 30 juillet 1984, la demande a été déposée à la cour des sessions hebdomadaires avec l’aide de Jerome Cooper, procureur au ministère de la Consommation et du Commerce. Aucun avis n’a été donné à Scientology. Le lendemain, sans entendre les arguments des avocats, le juge Sirois en son cabinet a rendu une ordonnance sur consentement accordant l’accès à tous les documents saisis.

Dans son témoignage au procès relatif à la présente action, Kim Twohig a reconnu qu’elle avait pris seule la décision de ne pas donner avis de sa demande à Scientology. Elle a présumé que le juge présidant l’audience déterminerait si l’avis était nécessaire ou approprié. C’est plus tard seulement qu’elle s’est rendu compte que l’ordonnance du juge Sirois pouvait autoriser l’accès à des documents scellés.

Dans une lettre du 22 août 1984, Rosemarie Drapkin a écrit à Charles Campbell au sujet de la demande présentée par Scientology et lui a dit avoir [TRADUCTION] «examiné certains documents concernant la structure de Scientology, saisis conformément au mandat de perquisition» délivré le

1983. Attached to the letter was a list of 89 documents, some of which had purportedly been sealed by order of Osler J. It was this information which raised the concern of Scientology and its legal advisers.

1<sup>er</sup> mars 1983. À la lettre était jointe une liste de 89 documents, dont certains auraient apparemment été scellés par ordonnance du juge Osler. C'est cette information qui préoccupait Scientology et ses conseillers juridiques.

13 In response, Clayton Ruby wrote a somewhat precipitous and very aggressive letter to the Solicitor General of Ontario dated August 28, 1984. In it he accused the OPP of acting "as if there were no rule of law" and of "simply ignoring solicitor/client privilege and making a mockery of the courts". He called for a "full investigation" and demanded disciplinary action be taken "against everyone involved". Clayton Ruby was not aware of the order of Sirois J. at that time. He simply assumed that those involved had acted improperly.

En réponse, Clayton Ruby a écrit une lettre quelque peu précipitée et fort agressive au solliciteur général de l'Ontario le 28 août 1984. Il y accusait la PPO de [TRADUCTION] «faire fi de la primauté du droit, [d']ignorer complètement le privilège du secret professionnel de l'avocat et de ridiculiser les tribunaux». Il réclamait une «enquête exhaustive» et des mesures disciplinaires «contre toutes les personnes concernées». Clayton Ruby ignorait à ce moment-là l'existence de l'ordonnance rendue par le juge Sirois. Il avait simplement présumé que les personnes concernées avaient agi irrégulièrement.

14 As early as September 5, 1984, Clayton Ruby, along with other counsel and representatives of Scientology, decided that what had occurred was "disgraceful and shocking" and constituted contempt. They arrived at this conclusion without having taken any steps to ensure the accuracy of their impressions.

Dès le 5 septembre 1984, Clayton Ruby, ainsi que d'autres avocats et représentants de Scientology, ont décidé que ce qui était arrivé était [TRADUCTION] «honteux et choquant» et constituait un outrage. Ils sont arrivés à cette conclusion sans s'être assurés d'abord du bien-fondé de leurs impressions.

15 In a letter addressed to Casey Hill dated September 6, 1984, Clayton Ruby asked for Casey Hill's assistance in obtaining information regarding the circumstances under which the order of Sirois J. had been granted and why Scientology had not received notice of the application. He requested a response within five days. It should be noted that at the time this letter was written, Clayton Ruby was a Bencher of the Law Society and Vice-Chairman of the Law Society's Discipline Committee.

Dans une lettre du 6 septembre 1984, Clayton Ruby a demandé l'aide de Casey Hill pour obtenir des renseignements sur les circonstances dans lesquelles l'ordonnance du juge Sirois avait été rendue et la raison pour laquelle Scientology n'avait pas été avisée de la demande. Il exigeait une réponse dans les cinq jours. Il y a lieu de signaler qu'à l'époque où la lettre a été écrite, Clayton Ruby était conseiller de la Société du barreau et vice-président du comité de discipline de la Société du barreau.

16 The letter implied that there could be disciplinary proceedings brought before the Law Society of Upper Canada and that a contempt action might be instituted. Not surprisingly, it was given serious consideration by Casey Hill and others at the Ministry of the Attorney General. Hill sought the advice of his Director, Howard Morton. Morton wrote a letter to Ruby stating that in light of the serious nature of the allegations, he would not be

La lettre laissait supposer la possibilité que soit instituée, d'une part, une procédure disciplinaire devant la Société du barreau du Haut-Canada, et d'autre part une action pour outrage. Il va de soi que Casey Hill et les autres intervenants du ministère du Procureur général ont pris la chose très au sérieux. Hill a demandé conseil à son directeur Howard Morton, qui a écrit à Ruby que, compte tenu de la gravité des allégations, il ne serait pas en

able to reply within the five-day period imposed by Ruby.

On September 6 and 7, 1984, Michael Code (then an associate of Clayton Ruby) telephoned Casey Hill, Jerome Cooper and Kim Twohig to find out how access to the privileged documents had been obtained. They all conveyed a similar version of the past events and assured him that the sealed documents were not opened but rather that unsealed copies must have been examined. Code conceded in cross-examination that everyone he spoke to was cooperative.

On September 11, 1984, however, without making any further inquiries and without awaiting the reply from Casey Hill and Howard Morton, Ruby retained the appellant Morris Manning to advise Scientology in respect of possible contempt proceedings. On September 13, 1984, representatives of Scientology met with Morris Manning, Charles Campbell, Clayton Ruby, Michael Code and an articling student at Ruby's office. A decision was made to commence an application for criminal contempt against both Casey Hill and Jerome Cooper. Morris Manning testified that a critical piece of information which prompted him to bring the contempt application was the characterization by Michael Code of Casey Hill's attitude during their conversation. Casey Hill had allegedly said that if the Church missed sealing all copies of the privileged documents it was "too bad". In Morris Manning's opinion, this demonstrated a contemptuous attitude towards the court. He reached this conclusion without ever speaking to Casey Hill or any of the others involved in the incident such as Rosemarie Drapkin, Kim Twohig, James Blacklock, Jerome Cooper or Detective Inspector Ormsby, the senior officer of the OPP responsible for the investigation of Scientology. Nor had Morris Manning interviewed those representatives of Scientology who were directly involved in the sealing of the documents.

The evidence adduced at the contempt hearing clearly established that Casey Hill played no part in the application before Sirois J. and had nothing to do with the execution or filing of the consent on

mesure de répondre dans le délai prescrit de cinq jours.

Les 6 et 7 septembre 1984, Michael Code (alors associé de Clayton Ruby) a appelé Casey Hill, Jerome Cooper et Kim Twohig pour savoir comment l'accès aux documents protégés avait été obtenu. Ils ont tous donné une version semblable des événements passés et lui ont assuré que les documents scellés n'avaient pas été ouverts, affirmant que c'était plutôt les copies non scellées qui devaient avoir été examinées. Code a concédé en contre-interrogatoire que tous ceux à qui il avait parlé s'étaient montrés coopératifs.

Le 11 septembre 1984, toutefois, sans se renseigner plus avant et sans attendre la réponse de Casey Hill et de Howard Morton, Ruby a retenu les services de Morris Manning pour conseiller Scientology relativement à une éventuelle procédure pour outrage. Le 13 septembre 1984, les représentants de Scientology, Morris Manning, Charles Campbell, Clayton Ruby, Michael Code et un stagiaire se sont réunis au bureau de Ruby. Ils ont alors décidé d'intenter une action pour outrage au criminel contre Casey Hill et Jerome Cooper. Morris Manning a témoigné que l'élément d'information capital qui l'avait amené à intenter l'action pour outrage était la description donnée par Michael Code de l'attitude de Casey Hill pendant leur conversation. Casey Hill aurait dit que c'était [TRADUCTION] «tant pis» si Scientology n'avait pas scellé toutes les copies des documents protégés. Morris Manning estimait que cela révélait une attitude outrageante envers la cour. Il a tiré cette conclusion sans jamais parler à Casey Hill ni à aucune autre personne concernée, comme Rosemarie Drapkin, Kim Twohig, James Blacklock, Jerome Cooper ou le sergent détective Ormsby, officier supérieur de la PPO chargé de mener l'enquête sur Scientology. Morris Manning n'a pas interrogé non plus les représentants de Scientology qui avaient directement participé à la mise sous scellé des documents.

La preuve produite lors de l'audition sur l'outrage a permis d'établir clairement que Casey Hill n'avait joué aucun rôle dans la demande présentée au juge Sirois et n'avait rien à voir avec l'exécu-

17

18

19

behalf of the Attorney General for Ontario. In fact, he was only informed of any difficulties associated with the order of Osler J. in late August 1984, when he received a telephone call from Detective Inspector Ormsby. At that time, Ormsby advised him that Rosemarie Drapkin had attended at the OPP building in which the seized documents were held with the order of Sirois J., but that she was denied access to the sealed documents. The sealed documents were never opened. What Rosemarie Drapkin may have seen were unsealed copies of the sealed documents that were probably located in different boxes than the sealed originals.

tion ou le dépôt du consentement au nom du procureur général de l'Ontario. En fait, il n'a été informé des difficultés liées à l'ordonnance du juge Osler qu'à la fin août 1984, quand il a reçu un appel du sergent détective Ormsby. Ce dernier l'a alors informé que, munie de l'ordonnance du juge Sirois, Rosemarie Drapkin s'était présentée à l'immeuble de la PPO où les documents saisis étaient conservés, mais qu'on lui avait refusé l'accès aux documents scellés. Ceux-ci n'ont jamais été ouverts. Rosemarie Drapkin a pu voir des copies non scellées des documents scellés, probablement placées dans d'autres boîtes que les originaux scellés.

20 Between September 13 and 17, 1984, Morris Manning prepared a notice of motion for the contempt application returnable in Weekly Court some time in early January 1985. During this time, he did not make any attempt to determine what was being done with the seized documents or to ascertain whether any continuing breach of privilege was occurring.

Entre le 13 et le 17 septembre 1984, Morris Manning a rédigé un avis de requête relativement à l'action pour outrage, à présenter devant la cour des sessions hebdomadaires au début du mois de janvier 1985. Pendant ce temps, il n'a jamais tenté de connaître le sort des documents saisis ni de vérifier si l'on violait le privilège de façon continue.

(A) *The "Enemy Canada" File*

(A) *Le dossier «ennemi Canada»*

21 Long before he gave advice to the OPP in connection with the search and seizure of documents which took place on March 3 and 4, 1983, Casey Hill had become a target of Scientology's enmity. Over the years, he had been involved in a number of matters concerning Scientology's affairs. As a result, it kept a file on him. This was only discovered when the production of the file was ordered during the course of this action. The file disclosed that from approximately 1977 until at least 1981, Scientology closely monitored and tracked Casey Hill and had labelled him an "Enemy Canada". Casey Hill testified that from his experience, persons viewed by Scientology as its enemies were "subject to being neutralized".

Bien avant d'avoir conseillé la PPO relativement à la perquisition et à la saisie des documents, survenues les 3 et 4 mars 1983, Casey Hill était devenu la cible de l'hostilité de Scientology. Au fil des ans, il avait travaillé dans plusieurs affaires concernant Scientology. Celle-ci a donc assemblé un dossier sur lui, fait qui a été découvert seulement lorsque la production du dossier a été ordonnée au cours de l'action. Le dossier révélait qu'à partir de 1977 environ jusqu'à 1981 au moins, Scientology avait étroitement surveillé et suivi Casey Hill et l'avait désigné comme «ennemi Canada». Casey Hill a témoigné que, selon son expérience, les personnes que Scientology considère ses ennemis sont «susceptibles d'être neutralisées».

(B) *The Press Conference*

(B) *La conférence de presse*

22 In the file of Charles Campbell there was a note dated September 10 or 11, 1984 which made reference to a press conference to be held the following Monday, September 17, 1984. It appears, then, that

Le dossier de Charles Campbell contenait une note datée du 10 ou du 11 septembre 1984, où il était question de la conférence de presse qui devait se tenir le lundi suivant, soit le 17 septembre 1984.

before it had even consulted Morris Manning, Scientology intended to call a press conference

Il appert qu'avant même d'avoir consulté Morris Manning, Scientologie avait l'intention de tenir une conférence de presse.

The press conference was organized by Earl Smith. He contacted a number of media organizations, including CFTO-TV, CBC television and *The Globe and Mail* and invited them to the event which was to be held in front of Osgoode Hall. Morris Manning was appearing on that day before the Court of Appeal in an unrelated matter and attended the press conference in his barrister's gown.

Earl Smith s'est chargé d'organiser la conférence de presse. Il a communiqué avec différents médias, dont CFTO-TV, CBC et *The Globe and Mail*, et les a invités à l'événement qui devait se tenir devant Osgoode Hall. Morris Manning comparait ce même jour devant la Cour d'appel dans une autre affaire et portait sa toge d'avocat à la conférence de presse.

He testified that he answered a number of questions concerning the contempt proceedings and then, at the request of the media, read a passage from the notice of motion for the television cameras. Copies of the notice of motion were distributed to the media along with a typewritten document, prepared by Scientology, entitled "Chronology of Events Leading to Contempt Motion".

Il a témoigné avoir répondu à un certain nombre de questions sur la procédure pour outrage et, à la demande des médias, avoir lu un passage de l'avis de requête pour le bénéfice des caméras de la télévision. Des copies de l'avis de requête ont été distribuées aux médias avec un document de Scientologie, intitulé [TRADUCTION] «Chronologie des événements ayant mené à la requête pour outrage».

The notice of motion in essence alleged that Casey Hill had participated in the misleading of Sirois J. and that he had participated in or aided and abetted others in the opening and inspection of documents which to his knowledge were sealed by Osler J.

L'avis de requête alléguait essentiellement que Casey Hill avait contribué à induire le juge Sirois en erreur et avait participé ou avait aidé ou encouragé d'autres personnes à procéder à l'ouverture et à l'inspection de documents qu'il savait avoir été scellés par le juge Osler.

On the evening of September 17, 1984, the CFTO broadcast was seen by an audience of approximately 132,000 people. The text of the broadcast is set out in Appendix A to these reasons. The CBC broadcast was seen by approximately 118,000 people. The text is found in Appendix B. The following morning, an article appeared in *The Globe and Mail* entitled "Motion of Contempt Launched by Church". Approximately 108,000 copies of the edition containing this article were distributed. The article is reproduced in Appendix C. All three publications repeated the allegations made in the notice of motion.

Le 17 septembre 1984 en soirée, le reportage de CFTO a été vu par environ 132 000 personnes. Le texte du reportage est reproduit à l'annexe A des présents motifs. Le reportage diffusé par CBC, dont le texte figure à l'annexe B, a été vu par environ 118 000 personnes. Le lendemain matin, un article est paru dans *The Globe and Mail*, intitulé [TRADUCTION] «Une Église intente une action pour outrage». Environ 108 000 exemplaires de l'édition contenant cet article ont été distribués. L'article est reproduit à l'annexe C. Les trois reportages reprenaient les allégations contenues dans l'avis de requête.

*(C) The Felske Memorandum*

27

Patricia Felske is a Scientologist who had attended at the offices of the OPP on a regular basis since March 1983 for the purpose of reviewing the seized materials and ensuring that the privileged documents were sealed. Between August 29, 1984, and September 27, 1984, she, along with other representatives from Scientology, opened the sealed envelopes and verified their contents against photocopies of the documents that Rosemarie Drapkin had examined. Their purpose was to determine whether Ms. Drapkin had been granted access to the restricted materials.

28

On September 17, 1984, the day of the press conference, the Scientology investigation was well advanced and neither then nor later was there any indication that Drapkin gained access to sealed documents. Scientology and Manning nevertheless proceeded with the press conference before any conclusive findings had been made on this issue.

29

On November 2, 1984, Patricia Felske prepared a brief summary of her findings, entitled "Time Track Re: Solicitor and Client Privileged Documents", which she sent to Clayton Ruby, Charles Campbell, Morris Manning and Diane Martin, another of Scientology's lawyers. In it she concluded that "[t]here was no evidence to support any allegation that the sealed envelopes had been tampered with by the OPP" (emphasis added).

*(D) The Contempt Trial*

30

The contempt trial was heard by Cromarty J. for 11 days beginning the next Monday, November 5, 1984. Morris Manning and Charles Campbell had carriage of the proceedings on behalf of Scientology. A number of witnesses were called by them, including Clayton Ruby, Michael Code, Kim Twohig, Rosemarie Drapkin, James Blacklock, Detective Inspector Ormsby and four other members of the OPP who had direct responsibility for the seized documents.

*(C) Le mémoire de Felske*

Patricia Felske, une adepte de la scientologie, s'était présentée régulièrement aux bureaux de la PPO depuis mars 1983 dans le but d'examiner les documents saisis et de s'assurer que les documents protégés étaient scellés. Entre le 29 août 1984 et le 27 septembre 1984, elle et d'autres représentants de Scientologie ont ouvert les enveloppes scellées pour en vérifier le contenu et le comparer aux photocopies des documents que Rosemarie Drapkin avait examinés. Ils cherchaient à déterminer si M<sup>me</sup> Drapkin avait obtenu accès aux documents confidentiels.

Le 17 septembre 1984, le jour de la conférence de presse, les recherches de Scientologie étaient très avancées et, ni à ce moment-là, ni par la suite, n'y a-t-il eu d'indication que Drapkin avait eu accès aux documents protégés. Scientologie et Manning ont tout de même tenu la conférence de presse avant que des conclusions déterminantes soient tirées à cet égard.

Le 2 novembre 1984, Patricia Felske a rédigé un bref résumé de ses conclusions intitulé [TRADUCTION] «Chronologie concernant les documents protégés par le secret professionnel», qu'elle a fait parvenir à Clayton Ruby, Charles Campbell, Morris Manning et Diane Martin, une autre avocate de Scientologie. Elle y concluait qu'[TRADUCTION] «[i]l n'existe aucune preuve appuyant une quelconque allégation que la PPO a altéré les enveloppes scellées» (je souligne).

*(D) L'action pour outrage*

Le procès pour outrage, tenu devant le juge Cromarty, a commencé le lundi suivant, soit le 5 novembre 1984, et a duré 11 jours. Morris Manning et Charles Campbell y agissaient pour le compte de Scientologie. Ils ont appelé un certain nombre de témoins, dont Clayton Ruby, Michael Code, Kim Twohig, Rosemarie Drapkin, James Blacklock, le sergent détective Ormsby et quatre autres membres de la PPO sous la responsabilité directe desquels se trouvaient les documents saisis.

Following the presentation of Scientology's case, Cromarty J. dismissed the application on a motion for non-suit on December 7, 1984: 13 W.C.B. 231. He held that there was no evidence that Casey Hill participated in any stage of the application made before Sirois J. or that he should have been aware of any need for further inquiry into Kim Twohig's actions.

From the contents of the Felske Memorandum, which only came to light at the trial of the present action, it is evident that prior to the start of the contempt hearing, Scientology was well aware that no sealed envelopes had been opened. Yet, it still proceeded with a contempt prosecution against Casey Hill.

Morris Manning testified that he never received the Felske Memorandum and conceded that if he had been aware of it, he would have been obliged to disclose it to Casey Hill. However, on the week-end prior to the start of the contempt trial, Morris Manning was briefed by Charles Campbell. At trial, both Campbell and Ruby acknowledged that they had received the Felske Memorandum. In addition, Campbell testified that all important information concerning the prosecution was shared with everybody involved. It might be inferred that this would include Manning.

Further, Morris Manning met with Patricia Felske and two other representatives of Scientology during the weekend prior to the hearing of the contempt motion. However, he testified that they were not interviewed for the purpose of giving evidence at the contempt trial nor were they called to do so. Cromarty J. characterized the failure to call these individuals as "a most eloquent omission".

There was another equally eloquent omission. The OPP officers who were called by Scientology to testify were not asked to produce the sealed envelopes they were directed to bring with them to court. If they had, it would have been obvious that the envelopes had not been tampered with.

Au terme de la présentation de la preuve par Scientologie, le juge Cromarty a rejeté la demande sur une motion en non-lieu le 7 décembre 1984: 13 W.C.B. 231. Il n'y avait à son avis aucune preuve que Casey Hill avait participé à quelque étape que ce soit de la demande présentée devant le juge Sirois ou qu'il aurait dû savoir qu'il fallait se renseigner davantage sur les actes de Kim Twohig.

D'après le contenu du mémoire de Felske, dévoilé au procès de la présente action, il est évident qu'avant le début de l'audition relative à l'outrage, Scientologie savait très bien qu'aucune enveloppe scellée n'avait été ouverte et avait pourtant intenté l'action pour outrage contre Casey Hill.

Morris Manning a témoigné n'avoir jamais reçu le mémoire de Felske et concédé que s'il en avait été informé, il aurait été tenu de le révéler à Casey Hill. Toutefois, le week-end précédant le procès pour outrage, Morris Manning a été mis au courant par Charles Campbell. Au procès, Campbell et Ruby ont tous deux reconnu avoir reçu le mémoire de Felske. De même, Campbell a témoigné que tous les renseignements importants concernant la poursuite étaient connus de tous les participants. On peut présumer que Manning était de ceux-là.

Par ailleurs, Morris Manning a rencontré Patricia Felske et deux autres représentants de Scientologie au cours du week-end qui a précédé l'audition de la requête pour outrage. Il a cependant témoigné qu'il ne les avait pas rencontrés dans le but de les faire témoigner au procès pour outrage et qu'ils n'ont pas été appelés à le faire. Le juge Cromarty a qualifié cette omission [TRADUCTION] «de fort éloquent».

Une autre omission tout aussi révélatrice a été commise. On n'a pas demandé aux agents de la PPO appelés par Scientologie à témoigner, de produire les enveloppes scellées qu'ils avaient dû apporter à la cour. Si on leur avait demandé, il serait devenu évident que les enveloppes n'avaient pas été altérées.

(E) *The Attempt to Disqualify Casey Hill from the Search and Seizure Proceedings*

(E) *La tentative de rendre Casey Hill inhabile à agir dans l'instance relative à la fouille, à la perquisition ou à la saisie abusive*

36

As stated earlier, Scientology made an application in March 1983 to quash the search warrant which the OPP had used to seize its documents. This application was commenced before Osler J. prior to September 17, 1984, but was adjourned until the completion of the contempt proceedings. Throughout this time, Casey Hill represented the Crown as lead counsel.

Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, Scientologie a présenté en mars 1983 une demande d'annulation du mandat de perquisition utilisé par la PPO pour saisir ses documents. Cette demande a été instituée devant le juge Osler le 17 septembre 1984, mais a été ajournée jusqu'à l'issue de l'action pour outrage. Pendant tout ce temps, Casey Hill a agi comme avocat principal pour le compte du ministère public.

37

The application was resumed on December 18, 1984. By that time, the contempt charges had been dismissed as unfounded and this libel action had been commenced. Casey Hill continued to represent the Crown but made a full disclosure of all the relevant circumstances to Osler J. He submitted that the proceedings involved the interpretation and application of legal principles rather than the exercise of prosecutorial discretion and, as a consequence, his ability to act as responding counsel was not impaired.

La demande a été reprise le 18 décembre 1984. À cette date, les accusations d'outrage avaient été rejetées parce que non fondées et la présente action pour libelle avait été instituée. Casey Hill a continué à représenter le ministère public, mais a révélé au juge Osler toutes les circonstances pertinentes. Il a fait valoir que les procédures soulevaient l'interprétation et l'application de principes juridiques et non pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de poursuivre et qu'en conséquence, sa capacité d'agir à titre d'avocat en défense n'était pas compromise.

38

Scientology, nevertheless, moved to disqualify Casey Hill on the ground that occasions might arise where he would have to exercise a discretion as to the production of a document and as to the significance to be attached to it. Scientology contended that this could reflect adversely upon it and, in due course result in a favourable consideration of Casey Hill's libel suit. Scientology was essentially suggesting that Casey Hill would use his position as Crown counsel to further his private interests. This was a serious attack on his professional integrity which added to the sting of the libel uttered to that point.

Scientologie a tout de même présenté une requête en vue de faire prononcer l'inhabilité de Casey Hill pour le motif qu'il pouvait se présenter des cas où il aurait à exercer son pouvoir discrétionnaire relativement à la production d'un document et à l'importance qu'il faudrait lui prêter. Scientologie a fait valoir que cela risquait de lui nuire et, à la longue, de faire bénéficier l'action pour libelle de Casey Hill d'une considération favorable. Scientologie donnait essentiellement à entendre que Casey Hill se servirait de ses fonctions d'avocat du ministère public pour promouvoir ses intérêts personnels. C'était là une grave attaque contre son intégrité personnelle qui ajoutait à l'offense du libelle commis jusque là.

39

Osler J. emphatically rejected these arguments. He stated that it was fundamentally important for the Crown to "proceed courageously in the face of threats and attempts at intimidation or in the face of proceedings that have been found to be ground-

Le juge Osler a rejeté catégoriquement ces arguments. Il a déclaré qu'il était fondamentalement important pour le ministère public de [TRADUCTION] «poursuivre avec courage malgré les menaces et les tentatives d'intimidation ou malgré

less but have obviously had the effect of harassment”.

(F) *Pleas of Justification*

On February 18, 1985, Scientology delivered its statement of defence in this action. Notwithstanding the findings contained in the Felske Memorandum prepared by its own members, and the conclusion reached by Cromarty J. in the contempt hearing, Scientology entered a plea of justification.

Scientology also put forward as true an allegation that Casey Hill directed and supervised the OPP in the opening and reviewing of 20 boxes of documents which had been sealed by order of Linden J. This was found by the Court of Appeal to constitute a separate allegation of contempt and a further attack upon the integrity of Casey Hill in the performance of his duties as Crown counsel.

Scientology maintained its plea of justification throughout the trial and did not withdraw it until the first day of the hearing before the Court of Appeal on December 6, 1993, some nine years after the original libel.

Morris Manning delivered his statement of defence on April 1, 1985, and also asserted a plea of justification which he did not withdraw until the week prior to the commencement of the trial. He persisted in this plea despite the decision of Cromarty J. dismissing the motion to commit Casey Hill for contempt and despite the overwhelming evidence indicating that the allegations made against Hill were false.

(G) *The Conduct of Scientology at Trial*

Scientology continued its attack against Casey Hill throughout the trial of this action, both in the presence of the jury and in its absence. More than once, it reiterated the libel even though it knew that these allegations were false. Clearly, it sought to repeatedly attack Casey Hill's moral character. Some examples are set out below.

les procédures qui, bien que jugées sans fondement, avaient de toute évidence entraîné des vexations».

(F) *La défense de justification*

Le 18 février 1985, Scientology a communiqué sa défense en l'espèce. En dépit des conclusions du mémoire de Felske, rédigé par ses propres membres, et de la conclusion du juge Cromarty dans le cadre de l'action pour outrage, Scientology a invoqué la défense de justification.

Scientologie a également soutenu la véracité de l'allégation suivant laquelle Casey Hill avait dirigé et supervisé la PPO lors de l'ouverture et de l'examen de 20 boîtes de documents qui avaient été scellés sur ordonnance du juge Linden. La Cour d'appel a conclu qu'il s'agissait d'une allégation d'outrage distincte et d'une seconde attaque contre l'intégrité de Casey Hill dans l'exécution de ses fonctions de substitut du procureur général.

Scientologie a maintenu sa défense de justification tout au long du procès et ne l'a retirée que le premier jour de l'audience devant la Cour d'appel le 6 décembre 1993, quelque neuf ans après le libelle initial.

Morris Manning a déposé sa défense le 1<sup>er</sup> avril 1985, invoquant lui aussi une défense de justification qu'il n'a retirée qu'une semaine avant l'ouverture du procès. Il a maintenu ce plaidoyer malgré le rejet par le juge Cromarty de la requête visant à envoyer Casey Hill à procès pour outrage et en dépit d'une preuve abondante de la fausseté des allégations visant Hill.

(G) *Le comportement de Scientologie au procès*

Scientologie a maintenu ses attaques contre Casey Hill tout au long du procès dans la présente action, tant en présence du jury qu'en son absence. Plus d'une fois elle a réitéré le libelle tout en sachant que ces allégations étaient fausses. De toute évidence, elle a cherché à maintes reprises à attaquer la moralité de Casey Hill. Des exemples sont donnés plus loin.

(1) The Cross-Examination of Casey Hill

45 Counsel for Scientology subjected Casey Hill to a lengthy cross-examination which the Court of Appeal correctly described as a "skilful and deliberate attempt at character assassination" (p. 452 O.R.). Counsel suggested that Casey Hill often improperly coached his witnesses and took the same approach with respect to his own testimony at the libel trial. It was insinuated that Casey Hill was an untrustworthy person who would breach his undertakings as he had done in this case in relation to the sealed documents. Attempts were also made to blame him for the failure to give notice to Scientology concerning the application before Sirois J. even though he had been vindicated seven years earlier by Cromarty J.

(2) The "Veiled Threat" Against Clayton Ruby

46 Michael Code testified that during the course of his conversation with Casey Hill on September 6, 1984, the latter had made a veiled threat against Clayton Ruby which he described in the following terms:

He [Casey Hill] suggests we may receive an ominous reply to Clay's complaints. He is awaiting a report back from the police. What he said to me was something to the effect that there was a police investigation of Mr. Ruby's conduct and basically, you better watch it. [Emphasis added.]

47 When Casey Hill was called in reply, he denied making any such threat or using the word "ominous" during the conversation. Rather, he testified that he had used the word "omnibus" in reference to a combined reply to the letters that Ruby sent to the Solicitor General and to himself.

48 In cross-examination, counsel for Scientology accused Casey Hill of fabricating this version of events. Not only did counsel suggest that Hill had lied on the stand, but the general tenor of his questioning implied that Hill was so unprincipled that

(1) Le contre-interrogatoire de Casey Hill

Les avocats de Scientology ont soumis Casey Hill à un long contre-interrogatoire que la Cour d'appel a qualifié à juste titre de [TRADUCTION] «tentative habile et délibérée de porter atteinte à sa moralité» (p. 452 O.R.). L'avocat a laissé à entendre qu'il arrivait fréquemment à Casey Hill de préparer improprement ses témoins et qu'il avait fait la même chose pour son témoignage lors du procès pour libelle. Il a insinué que Casey Hill n'était pas digne de confiance et qu'il ne respectait pas ses engagements, comme l'indiquait ce qu'il avait fait dans la présente affaire relativement aux documents scellés. Il a tenté également de le blâmer pour son omission de donner avis à Scientology de la demande soumise au juge Sirois bien que, sept ans plus tôt, le juge Cromarty lui eut donné raison.

(2) La «menace voilée» proférée contre Clayton Ruby

Michael Code a témoigné qu'au cours de sa conversation avec Casey Hill le 6 septembre 1984, ce dernier avait proféré une menace voilée contre Clayton Ruby, qu'il décrit de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il [Casey Hill] laisse entendre que nous recevrons peut-être une réponse alarmante [«*ominous*»] aux plaintes de Clay. Il attend un rapport de la police. Ce qu'il m'a dit en fait, c'est que la police menait une enquête sur les agissements de M. Ruby et qu'essentiellement, nous devrions nous tenir sur nos gardes. [Je souligne.]

Lorsque Casey Hill a été appelé en contre-preuve, il a nié avoir proféré ces menaces ou avoir utilisé le mot «alarmante» [«*ominous*»] au cours de la conversation. Il a témoigné avoir plutôt utilisé le mot «*omnibus*» en référence à une réponse combinée aux lettres que Ruby avait envoyées au solliciteur général et à lui-même.

En contre-interrogatoire, l'avocat de Scientology a accusé Casey Hill d'avoir fabriqué cette version des événements. Non seulement l'avocat a-t-il laissé entendre que Hill avait menti à la barre, mais le sens général de son interrogatoire impliquait que

he would use the power of the state to intimidate an opposing lawyer.

(3) The Closing Address to the Jury by Counsel for Scientology

During his closing address, counsel for Scientology contended that Casey Hill had demonstrated feigned and insincere emotion when he described his reaction to seeing the publication of the CFTO broadcast on the evening of September 17, 1984. He suggested to the jury that it may have been nothing more than a "skilled performance to tug at your heartstrings" in order to influence the verdict.

(H) *The Events Following the Verdict of the Jury*

The day after the jury's verdict, on October 4, 1991, Scientology republished the libel in a press release delivered to the media. A few weeks later, it issued another press release attacking the verdict of the jury as "outrageous" and "so exorbitant and so grossly out of proportion that it was influenced more by *L.A. Law* than Canadian legal tradition". Shortly thereafter, it proceeded with a motion before Carruthers J. to adduce evidence which, it contended, would bear "directly on the credibility and reputation of the plaintiff S. Casey Hill". That motion was later withdrawn.

II. Judgments Below

(A) *Trial by Jury* (Carruthers J. presiding)

This action for damages for libel was commenced on December 14, 1984. The trial before Carruthers J. and a jury lasted from September 3, 1991 until October 3, 1991. The questions posed to the jury and their answers were as follows:

SPECIAL VERDICT

QUESTIONS

A. With Respect to the Defendant, Morris Manning

Hill était dénué de principes au point d'utiliser le pouvoir de l'État pour intimider un avocat adverse.

(3) L'exposé final de l'avocat de Scientology au jury

Dans son exposé final, l'avocat de Scientology a soutenu que Casey Hill avait démontré une émotion feinte et dénuée de sincérité en décrivant sa réaction à la diffusion du reportage à CFTO dans la soirée du 17 septembre 1984. Il a indiqué au jury qu'il s'agissait ni plus ni moins d'une [TRADUCTION] «performance habile pour faire vibrer vos cordes sensibles» afin d'influencer le verdict.

(H) *Les événements postérieurs au verdict du jury*

Le lendemain du verdict du jury, soit le 4 octobre 1991, Scientology a publié de nouveau le libelle dans un communiqué de presse transmis aux médias. Quelques semaines plus tard, elle a publié un second communiqué de presse, qualifiant le verdict du jury d'[TRADUCTION] «outrageant» et de «si exorbitant et exagéré qu'il relève davantage de la série *L.A. Law* que de la tradition juridique canadienne». Peu après, elle a présenté une requête devant le juge Carruthers pour produire des éléments de preuve qui, selon elle, porteraient [TRADUCTION] «directement sur la crédibilité et la réputation du demandeur S. Casey Hill». Cette requête a été retirée par la suite.

II. Les décisions des juridictions inférieures

(A) *Le procès devant jury* (présidé par le juge Carruthers)

L'action en dommages-intérêts pour libelle a été intentée le 14 décembre 1984. Le procès tenu devant le juge Carruthers et un jury s'est déroulé du 3 septembre 1991 au 3 octobre 1991. Les questions posées au jury et leurs réponses ont été les suivantes:

[TRADUCTION]

VERDICT SPÉCIAL

QUESTIONS

A. Relativement au défendeur Morris Manning

49

50

51

1. Did the CBC broadcast refer to the plaintiff?

A. Yes

2. Did Morris Manning instruct, authorize or consent to the publication of the Notice of Motion at the press conference?

A. Yes

B. With Respect to Both Defendants

3. Are the words complained of in the CFTO and CBC broadcasts on September 17, 1984, the Globe & Mail article on September 18, 1984 and the Notice of Motion defamatory of the plaintiff?

A. Yes

4. If the answer to Question 3 is "yes", what general damages, if any, is the plaintiff, Casey Hill, entitled to from the defendants, The Church of Scientology of Toronto and Morris Manning?

A. \$300,000

5. If your answer to Question 3 is "yes", is he entitled to any aggravated damages from the defendant, Morris Manning, in addition to any general damages already assessed, and if so, in what amount?

A. Nil

6. If your answer to Question 3 is "yes", is he entitled to any aggravated damages from the defendant, The Church of Scientology of Toronto, in addition to any general damages already assessed, and if so, in what amount?

A. \$500,000

7. If your answer to Question 3 is "yes", is he entitled to any punitive damages from the defendant, The Church of Scientology of Toronto, and if so, in what amount?

A. \$800,000

1. Le reportage de CBC mentionnait-il le demandeur?

R. Oui

2. Morris Manning a-t-il demandé ou autorisé la publication de l'avis de requête à la conférence de presse, ou y a-t-il consenti?

R. Oui

B. Relativement aux deux défendeurs

3. Les propos dont on se plaint dans les reportages de CFTO et de CBC du 17 septembre 1984, dans l'article du Globe & Mail du 18 septembre 1984, et l'avis de requête, sont-ils diffamatoires à l'égard du demandeur?

R. Oui

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, quels dommages-intérêts généraux, le cas échéant, le demandeur Casey Hill est-il fondé à recevoir des défendeurs, l'Église de scientologie de Toronto et Morris Manning?

R. 300 000 \$

5. Si la réponse à la question 3 est affirmative, est-il fondé à recevoir des dommages-intérêts majorés du défendeur Morris Manning outre les dommages-intérêts généraux déjà fixés et, dans l'affirmative, quel montant?

R. Aucun

6. Si la réponse à la question 3 est affirmative, est-il fondé à recevoir des dommages-intérêts majorés de la défenderesse l'Église de scientologie de Toronto outre les dommages-intérêts généraux déjà fixés et, dans l'affirmative, quel montant?

R. 500 000 \$

7. Si la réponse à la question 3 est affirmative, est-il fondé à recevoir des dommages-intérêts punitifs de la défenderesse l'Église de scientologie de Toronto et, dans l'affirmative, quel montant?

R. 800 000 \$

Following the verdict, the appellants made a motion before Carruthers J. requesting that he completely disregard the jury's assessment of damages because it was "outrageous, exorbitant and entirely out of proportion to the sting of the defamation" ((1992), 7 O.R. (3d) 489, at p. 497). Carruthers J. concluded that the jury was properly instructed as to the object and purpose of each head of damage and that there was evidence upon

Une fois le verdict rendu, les appelants ont déposé une requête devant le juge Carruthers, réclamant qu'il ne tienne aucun compte de l'évaluation par le jury des dommages-intérêts parce qu'elle était [TRADUCTION] «outrageante, exorbitante et sans proportion aucune avec le tort causé par la diffamation» ((1992), 7 O.R. (3d) 489, à la p. 497). Le juge Carruthers a conclu que le jury avait reçu des directives justes quant au but et à

which the jury could have reached a conclusion that it was entitled to award damages under each of the three heads.

Carruthers J. refused to “invade the province of the jury” in order to make his own assessment of the damages (at p. 502). He noted that since both defendants vigorously opposed each of the several motions on behalf of the plaintiff to discharge the jury, it was not open to them to suggest that he fix damages himself.

(B) *Court of Appeal* (1994), 18 O.R. (3d) 385

The Court of Appeal, in its careful and extensive reasons, rejected the appellants’ allegation that the common law of defamation violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It did so for two reasons. First, the court held that it was nothing more than a “bare assertion” of unconstitutionality which could not support their constitutional challenge (at p. 414). Second, the court held that even if the constitutional challenge could be resolved in the absence of an evidentiary foundation, the appellants failed to show that the action for damages commenced by Casey Hill was a form of “government action” which was necessary in order to attract the application of the *Charter*. The court rejected the argument that Casey Hill’s position as a public figure implicated the government in whatever action he pursued. It also dismissed the submission that the government funding of his action was relevant to this question.

The Court of Appeal then considered the argument that interpreting the common law in a manner consistent with the *Charter* required the adoption of the “actual malice” standard of liability set out in the reasons of the U.S. Supreme Court in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). There, Brennan J. held that public officials could only collect damages for statements concerning their fitness for office in circumstances where they could demonstrate that the defamatory

l’objet de chaque catégorie de dommages-intérêts et qu’il existait une preuve sur le fondement de laquelle le jury pouvait estimer justifié d’accorder des dommages-intérêts relativement à chacune des trois catégories.

Le juge Carruthers a refusé d’[TRADUCTION] «empiéter sur la compétence du jury» et de fixer lui-même les dommages-intérêts (à la p. 502). Il a signalé que, comme les deux défendeurs s’étaient opposés vigoureusement à toutes les requêtes présentées pour le compte du demandeur en vue de libérer le jury, il ne leur appartenait pas de proposer qu’il fixe lui-même le montant des dommages-intérêts.

(B) *La Cour d’appel* (1994), 18 O.R. (3d) 385

Dans des motifs minutieux et approfondis, la Cour d’appel a écarté pour deux raisons la prétention des appelants selon laquelle la common law de la diffamation viole l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a statué d’une part qu’il ne s’agissait de rien de plus qu’une «simple affirmation» d’inconstitutionnalité qui ne pouvait étayer leur contestation constitutionnelle (à la p. 414). D’autre part, elle a conclu que, même si la contestation constitutionnelle pouvait être résolue sans preuve à l’appui, les appelants n’avaient pas réussi à établir que l’action en dommages-intérêts introduite par Casey Hill était une forme d’«action gouvernementale», condition préalable à l’application de la *Charte*. La cour a rejeté l’argument selon lequel Casey Hill implique le gouvernement dans tout acte qu’il accomplit, parce qu’il est une personnalité publique. Elle a également écarté la prétention que le financement de cette action par le gouvernement était pertinent quant à la question.

La Cour d’appel a ensuite considéré l’argument selon lequel, pour interpréter la common law d’une manière qui soit conforme à la *Charte*, il faut adopter la norme de responsabilité de la «malveillance véritable», énoncée par la Cour suprême des États-Unis dans *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Dans cette affaire, le juge Brennan a conclu que les représentants officiels ne pouvaient obtenir de dommages-intérêts relativement à des propos tenus sur leur compétence pro-

statement was made "with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not" (p. 280). After noting that the common law concept of malice involves an assessment of different factors, such as animosity, hostility, ill will and spite, the court concluded that the adoption of the rule in *New York Times v. Sullivan*, *supra*, would result in a major change to the common law that was neither necessary nor merited. It found that the existing rule was historically based on sound policy reasons which recognized the importance of the protection of the reputation of individuals who assume the responsibilities of public officials.

fessionnelle que s'ils établissaient que l'auteur des propos diffamatoires [TRADUCTION] «savait qu'ils étaient faux ou ne se souciait pas de savoir s'ils étaient vrais ou faux» (p. 280). Ayant noté que le concept de la malveillance en common law commande l'appréciation de différents facteurs, tels l'animosité, l'hostilité, le mauvais vouloir et la rancune, la cour a conclu que l'adoption de la règle de *New York Times c. Sullivan*, précité, entraînerait en common law un changement important qui n'était ni nécessaire ni justifié. Selon la cour, la règle actuelle repose historiquement sur de solides considérations de principe qui reconnaissent l'importance de protéger la réputation des personnes qui assument des fonctions de représentants officiels.

56

The appellants also submitted that the trial judge erred in ruling that the circumstances of the press conference did not constitute an occasion of qualified privilege and in declining to charge the jury with respect to that defence. The Court of Appeal found that under the common law, qualified privilege attached only to the publication of documents read or referred to in open court. It was opposed to conferring a privilege on a press conference held for the purpose of disseminating to the public details of a pending legal proceeding at a time when no document in connection with that legal proceeding had yet been filed in any court office. In rejecting the argument that this Court's judgment in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, superseded the common law rule, the court stated that, while there is a right to publish details of judicial proceedings before they are heard in open court, "such publication does not enjoy the protection of qualified privilege if it is defamatory" (p. 427).

Les appelants ont également fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que les circonstances qui entouraient la conférence de presse n'appelaient pas l'immunité relative et en refusant de faire un exposé au jury sur ce moyen de défense. La Cour d'appel a conclu qu'en common law, l'immunité relative ne peut être invoquée que relativement à la publication de documents lus ou mentionnés lors d'une audience publique. Elle a refusé d'entourer de l'immunité une conférence de presse tenue dans le but de communiquer au public des renseignements relatifs à une procédure en cours à un moment où aucun document n'avait encore été déposé devant un tribunal. En rejetant l'argument portant que la décision de notre Cour dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, évinçait la règle de common law, la Cour d'appel a déclaré que, s'il existe un droit de publier les détails d'une procédure judiciaire avant qu'elle fasse l'objet d'une audience publique, [TRADUCTION] «cette publication ne jouit pas de l'immunité relative si elle est diffamatoire» (p. 427).

57

On the subject of general damages, the Court of Appeal examined the libellous statement, the circumstances of its publication and its effect on Casey Hill. It found that "[t]he false statements can be seen as little short of allegations of a criminal breach of trust" (p. 437), "calculated to engender in the minds of those who learned of [them] that

Sur la question des dommages-intérêts généraux, la Cour d'appel a étudié la teneur des propos diffamatoires, les circonstances de leur publication et leurs répercussions sur Casey Hill. Elle a conclu que [TRADUCTION] «[L]es propos erronés se rapprochent d'allégations d'abus de confiance criminel» (p. 437), «formulées de façon à engendrer dans

they were very serious and entirely credible" (p. 438). Accordingly, they justified a very substantial award of general damages to compensate Casey Hill for the damage to his reputation and the injury to his feelings. This, it was held, should be the result even though he had received several promotions and appointments by the time of trial.

With respect to aggravated damages, the Court of Appeal examined the circumstances existing prior to, at the time of and following the publication of the libel. It concluded that the jury was entitled to find that its award for general damages was not large enough to provide adequate solatium to Casey Hill for the aggravation of his injury which was caused by Scientology's malicious libel and reprehensible conduct.

The court then turned its attention to the issue of punitive damages and concluded as follows at p. 459:

What the circumstances of this case demonstrated beyond peradventure to the jury was that Scientology was engaged in an unceasing and apparently unstoppable campaign to destroy Casey Hill and his reputation. It must have been apparent to the jury that a very substantial penalty was required because Scientology had not been deterred from its course of conduct by a previous judicial determination that its allegations were unfounded nor by its own knowledge that its principal allegation [that the sealed documents had been opened] was false.

The court also observed that it would not interfere with the award of punitive damages on the ground that Scientology persisted in its attack on Casey Hill's reputation even after the jury's verdict.

On the question of pre-judgment interest, the court concluded that since the appellants had accommodated counsel for Casey Hill in order to permit him to participate in a Royal Commission, it would be unfair to charge them with prejudgment interest for this period. Also, in considering whether Morris Manning should bear an equal portion of the costs of the trial with Scientology, the

l'esprit de ceux qui les entendent l'impression qu'elles sont très graves et très crédibles» (p. 438). Ils justifiaient donc des dommages-intérêts généraux très élevés afin d'indemniser Casey Hill du tort causé à sa réputation et de la blessure infligée à son amour-propre. Et ceci, la cour a-t-elle conclu, en dépit du fait qu'il ait reçu différentes promotions et nominations avant que le procès commence.

Quant aux dommages-intérêts majorés, la Cour d'appel a examiné les circonstances avant, pendant et après la publication du libelle. Selon elle, le jury était justifié de conclure que les dommages-intérêts généraux ne constituaient pas une réparation morale suffisante quant à l'aggravation du tort causé à Casey Hill par le libelle malveillant de Scientology et sa conduite répréhensible.

La cour a ensuite tranché la question des dommages-intérêts punitifs, à la p. 459:

[TRADUCTION] Les circonstances ont révélé clairement au jury que Scientology avait lancé une campagne incessante et apparemment irrépressible pour détruire Casey Hill et sa réputation. Il a dû être apparent au jury qu'une pénalité sévère s'imposait puisque, Scientology n'a pas mis un terme à sa conduite alors que ses allégations avaient été jugées non fondées par une décision judiciaire antérieure et qu'elle savait que sa principale allégation [que les documents scellés avaient été ouverts] était fausse.

La cour a également mentionné qu'elle ne modifierait pas le montant des dommages-intérêts punitifs puisque Scientology avait persisté à attaquer la réputation de Casey Hill même après le verdict du jury.

Quant à la question de l'intérêt avant jugement, la cour a conclu que, puisque les appelants avaient permis que l'avocat de Casey Hill puisse participer à une Commission royale, il serait injuste de leur réclamer l'intérêt avant jugement couru pendant la période en cause. De même, pour ce qui est de savoir si Morris Manning devait assumer avec Scientology une part égale des frais du procès, la

court pointed out that much of the trial was devoted to the plea of justification pursued by Scientology alone. Furthermore, the majority of the damages were awarded against Scientology. Therefore, the court concluded that the trial costs should be apportioned, with Morris Manning paying only 30 percent of the assessed costs and Scientology the balance. However, it added that the parties should remain jointly and severally liable for all costs with each having a claim over against the other for any amount paid beyond their apportioned liability.

### III. Analysis

62

Two major issues are raised in this appeal. The first concerns the constitutionality of the common law action for defamation. The second relates to the damages that can properly be assessed in such actions.

63

Let us first review the appellants' submissions pertaining to defamation actions. The appellants contend that the common law of defamation has failed to keep step with the evolution of Canadian society. They argue that the guiding principles upon which defamation is based place too much emphasis on the need to protect the reputation of plaintiffs at the expense of the freedom of expression of defendants. This, they say, is an unwarranted restriction which is imposed in a manner that cannot be justified in a free and democratic society. The appellants add that if the element of government action in the present case is insufficient to attract *Charter* scrutiny under s. 32, the principles of the common law ought, nevertheless, to be interpreted, even in a purely private action, in a manner consistent with the *Charter*. This, the appellants say, can only be achieved by the adoption of the "actual malice" standard of liability articulated by the Supreme Court of the United States in the case of *New York Times v. Sullivan*, *supra*.

64

In addition, the appellant Morris Manning submits that the common law should be interpreted so as to afford the defence of qualified privilege to a lawyer who, acting on behalf of a client, reads and

cour a souligné que la plus grande partie du procès avait été consacrée à la défense de justification avancée par Scientology seule. En outre, la plus grande partie des dommages-intérêts a été adjugée contre Scientology. Par conséquent, la cour a conclu au partage des frais du procès, Morris Manning n'étant tenu de payer que 30 pour 100 des frais fixés et Scientology, le reste. Elle a toutefois ajouté que les parties demeureraient solidairement responsables de la totalité des frais, chacune jouissant d'une réclamation contre l'autre pour tout montant versé au-delà de sa propre responsabilité.

### III. Analyse

Le pourvoi soulève deux questions centrales. La première est la constitutionnalité de l'action en diffamation en common law et la seconde, l'adjudication de dommages-intérêts dans ce type d'action.

Examinons d'abord les prétentions des appelants quant à l'action en diffamation. Ils font valoir que la common law en matière de diffamation n'a pas réussi à suivre l'évolution de la société canadienne. Ils soutiennent que les principes directeurs sur lesquels la diffamation est fondée attachent une trop grande importance à la nécessité de protéger la réputation des demandeurs au dépens de la liberté d'expression des défendeurs. Il s'agit là, selon eux, d'une restriction immotivée, imposée d'une manière injustifiée dans une société libre et démocratique. Les appelants ajoutent que, si l'élément de l'action gouvernementale dans la présente affaire est insuffisant pour déclencher l'application de l'analyse fondée sur la *Charte* sous le régime de l'art. 32, les principes de common law doivent néanmoins être interprétés, même dans une action purement privée, d'une manière conforme à la *Charte*. Et cela ne peut être accompli, selon les appelants, que si l'on adopte la norme de responsabilité de la «malveillance véritable», énoncée par la Cour suprême des États-Unis dans *New York Times c. Sullivan*, précité.

L'appellant Morris Manning soutient en outre qu'il y a lieu d'interpréter la common law de façon à ce que jouisse de la défense d'immunité relative tout avocat qui, agissant pour le compte de son

comments in public upon a notice of motion which he believes, in good faith, has been filed in court, and which subsequently is filed. Let us consider first whether the *Charter* is directly applicable to this case.

(A) *Application of the Charter*

The appellants have not challenged the constitutionality of any of the provisions of the *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12. The question, then, is whether the common law of defamation can be subject to *Charter* scrutiny. The appellants submit that by reason of his position as a government employee, Casey Hill's action for damages constitutes "government action" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. In the alternative, the appellants submit that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the common law must be interpreted in light of *Charter* values. I will address the s. 32 argument first.

(1) Section 32: Government Action

Section 32(1) reads:

**32. (1)** This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J., with regard to the application of the *Charter* to the common law, stated at pp. 598-99:

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. . . . It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom. [Emphasis added.]

client, lit et commente en public un avis de requête qu'il croit, de bonne foi, être déposé devant le tribunal, et qui est déposé par la suite. Voyons d'abord si la *Charte* s'applique directement en l'espèce.

(A) *L'application de la Charte*

Les appelants n'attaquent pas la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12. La question, donc, est de savoir si la common law de la diffamation peut faire l'objet d'un examen sous le régime de la *Charte*. Les appelants font valoir que, puisque Casey Hill est un employé du gouvernement, son action en dommages-intérêts est une «action gouvernementale» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Subsidiairement, les appelants soutiennent que, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la common law doit être interprétée en fonction des valeurs véhiculées par la *Charte*. J'examinerai d'abord l'argument relatif à l'art. 32.

(1) Article 32: l'action gouvernementale

Le paragraphe 32(1) dit:

**32. (1)** La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 598 et 599, le juge McIntyre dit ceci de l'application de la *Charte* à la common law:

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. [ . . . ] Cependant, elle ne s'applique à la common law que dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis. [Je souligne.]

68 La Forest J., writing for the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, stressed the importance of this limitation on the application of the *Charter* to the actions of government. He said this at p. 262:

The exclusion of private activity from the *Charter* was not a result of happenstance. It was a deliberate choice which must be respected. We do not really know why this approach was taken, but several reasons suggest themselves. Historically, bills of rights, of which that of the United States is the great constitutional exemplar, have been directed at government. Government is the body that can enact and enforce rules and authoritatively impinge on individual freedom. Only government requires to be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual.

69 La Forest J. warned that subjecting all private and public action to constitutional review would mean reopening whole areas of settled law and would be "tantamount to setting up an alternative tort system" (p. 263). He expressed the very sage warning that this "could strangle the operation of society" (p. 262). See also McLellan and Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, at p. 367, cited in *Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, at p. 597.

70 The appellants argue that at all material times Casey Hill was an agent of the Crown, acting on behalf of the Attorney General of Ontario, and that the defamatory statements which are the subject of the present action were made in relation to acts undertaken by him in that capacity. They further submit that Casey Hill commenced these legal proceedings at the direction and with the financial support of the Attorney General in order to vindicate the damage to the reputation of the Ministry resulting from criticism levelled at the conduct of one of its officials. It is, therefore, contended that this action represents an effort by a government department to use the action of defamation to restrict and infringe the freedom of expression of the appellants in a manner that is contrary to the *Charter*.

Au nom de la majorité, le juge La Forest a souligné, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, l'importance de restreindre ainsi l'application de la *Charte* aux actions gouvernementales, disant ceci à la p. 262:

L'exclusion des activités privées de l'application de la *Charte* n'est pas le fruit du hasard. C'est un choix délibéré qu'il faut respecter. Nous ne savons pas vraiment pourquoi ce point de vue a été retenu, mais plusieurs raisons semblent s'imposer. Historiquement, les déclarations des droits, dont celle des États-Unis constitue l'exemple constitutionnel par excellence, visaient le gouvernement. C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers.

Le juge La Forest a souligné que soumettre toute action privée et publique à un examen constitutionnel entraînerait la reconsidération de domaines entiers où le droit est bien établi, et «reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile» (p. 263). Fort judicieusement, il a prévenu que cela «pourrait paralyser le fonctionnement de la société» (p. 262). Voir également McLellan et Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, à la p. 367, cité dans *Dolphin Delivery Ltd.*, précité, à la p. 597.

Les appelants font valoir qu'à toutes les époques concernées, Casey Hill était un mandataire du ministère public agissant pour le compte du procureur général de l'Ontario, et que les propos diffamatoires en question ont été tenus relativement à des actes qu'il a accomplis en cette qualité. Ils soutiennent en outre que Casey Hill a introduit cette procédure judiciaire à la demande et avec l'appui financier du procureur général pour réparer le tort qu'ont causé à la réputation du ministère les critiques dirigées contre le comportement de l'un de ses représentants. Ils soutiennent donc que le gouvernement tente, par l'entremise de l'action en diffamation, de restreindre et de violer la liberté d'expression des appelants d'une manière qui est contraire à la *Charte*.

These submissions cannot be accepted. They have no legal, evidentiary or logical basis of support. Casey Hill's constitutional status for the purpose of the application of the *Charter* should not be determined by the nature of the allegations made against him. Rather, the determination of whether state involvement existed is dependent upon the circumstances surrounding the institution of the libel proceedings.

The fact that persons are employed by the government does not mean that their reputation is automatically divided into two parts, one related to their personal life and the other to their employment status. To accept the appellants' position would mean that identical defamatory comments would be subject to two different laws, one applicable to government employees, the other to the rest of society. Government employment cannot be a basis for such a distinction. Reputation is an integral and fundamentally important aspect of every individual. It exists for everyone quite apart from employment.

In order to establish the requisite government action for *Charter* scrutiny, the appellants argue that it is easy to distinguish between a janitor working in a government building who is simply an employee and a Crown Attorney who is an agent of the state. It is said that when a person who is clearly an agent of the state acts, he or she is acting for or on behalf of the state. I cannot accept this proposition. There are a significant number of public servants who represent the Crown in any number of ways. While it might be easy to differentiate between the extreme examples set forth by the appellants, the grey area between those extremes is too extensive and the functions of the officials too varied to draw any effective line of distinction. The experience in the United States following the decision in *New York Times v. Sullivan*, *supra*, is instructive in this regard. That case modified the common law in relation to defamation suits brought by public officials and touched off an intense debate with respect to who might be designated as a public official or figure rather than a private person. See, for example, G. C. Christie, "Injury to Reputation and the Constitution: Confu-

Ces prétentions ne sauraient être retenues. Elles sont dénuées de tout fondement, que ce soit en droit, dans la preuve ou sur le plan de la logique. Le statut constitutionnel de Casey Hill aux fins de l'application de la *Charte* ne saurait être déterminé selon la nature des allégations le visant. La réponse à la question de savoir s'il y a eu participation du gouvernement est plutôt tributaire des circonstances entourant le dépôt de l'action en libelle.

Le fait pour une personne de travailler pour le gouvernement ne signifie pas que sa réputation se divise automatiquement en deux moitiés, l'une reliée à sa vie privée et l'autre à son emploi. Faire droit à la prétention des appelants signifierait que des propos diffamatoires identiques seraient assujettis à deux régimes de droit différents, l'un s'appliquant aux employés du gouvernement et l'autre au reste de la population. L'emploi au sein du gouvernement ne peut fonder une telle distinction. La réputation est un aspect intégral et fondamentalement important de tout individu. Elle vaut pour tous, peu importe l'emploi occupé.

À l'appui de leur prétention qu'il y a action gouvernementale justifiant un examen fondé sur la *Charte*, les appelants soutiennent qu'on peut aisément établir une distinction entre le concierge qui travaille dans un immeuble du gouvernement, et qui est un simple employé, et le substitut du procureur général qui est mandataire de l'État. Les appelants soutiennent que, lorsqu'une personne qui est clairement un mandataire de l'État agit, elle agit pour le compte de l'État. Je ne puis accepter cette proposition. Nombre de fonctionnaires représentent l'État de différentes façons. S'il peut être facile de cerner la différence entre les deux situations énoncées par les appelants, la zone grise qui sépare ces deux extrêmes est trop importante et les fonctions des représentants trop variées pour établir une ligne de démarcation adéquate. Les événements qui, aux États-Unis, ont suivi l'arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, sont intéressants à cet égard. Cette affaire a modifié la common law en matière d'actions en diffamation intentées par les représentants officiels, et a lancé au sein des tribunaux et dans la doctrine un vif débat quant à savoir qui peut être considéré comme personnalité

71

72

73

sion Amid Conflicting Approaches" (1976), 75 *Mich. L. Rev.* 43.

74

There is no doubt that Crown Attorneys exercise statutory powers as agents of the government. See *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17; *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1990, c. C.49; and the *Criminal Code*, s. 504. Therefore, as McIntyre J. pointed out in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 209, they benefit from the protection of any immunity which attaches to their office. However, they may become personally liable when they exceed their statutory powers. By extension, actions taken by Crown Attorneys which are outside the scope of their statutory duties are independent of and distinct from their status as agents for the government. Such was the case here.

75

The appellants impugned the character, competence and integrity of Casey Hill, himself, and not that of the government. He, in turn, responded by instituting legal proceedings in his own capacity. There was no evidence that the Ministry of the Attorney General or the Government of Ontario required or even requested him to do so. Neither is there any indication that the Ministry controlled the conduct of the litigation in any way. See *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 311-14. Further, the fact that Casey Hill's suit may have been funded by the Ministry of the Attorney General does not alter his constitutional status or cloak his personal action in the mantle of government action. See *McKinney*, *supra*, at p. 269.

76

The private nature of these proceedings is apparent, as well, from the respondent's statement of claim, and particularly from the allegation contained in para. 19 that the defamatory statements:

... constituting as they do statements of the most serious professional misconduct by the Plaintiff, have dam-

ou représentant public ou personne privée. Voir par exemple G. C. Christie, «Injury to Reputation and the Constitution: Confusion Amid Conflicting Approaches» (1976), 75 *Mich. L. Rev.* 43.

Il est certain qu'à titre de mandataires du gouvernement, les substituts du procureur général exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Voir la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17; la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. C.49; et le *Code criminel*, art. 504. Par ailleurs, comme le juge McIntyre l'a souligné dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, à la p. 209, ils jouissent de la protection de toute immunité dont est assortie leur charge. Ils peuvent cependant devenir personnellement responsables s'ils outrepassent les pouvoirs que leur confère la loi. Par extension, les actes des substituts du procureur général qui excèdent le cadre de leurs fonctions d'origine législative sont indépendants et distincts de leur qualité de mandataires du gouvernement. Tel était le cas en l'espèce.

Les appelants ont attaqué la moralité, la compétence et l'intégrité de Casey Hill, et non ceux du gouvernement. À son tour, il a répliqué en instituant une procédure judiciaire de son propre chef. Aucune preuve n'indique que le ministère du Procureur général ou le gouvernement de l'Ontario ont exigé ou même demandé qu'il le fasse, ni que le ministère veillait de quelque façon au déroulement du litige. Voir *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 311 à 314. Par ailleurs, le fait que l'action intentée par Casey Hill puisse avoir été financée par le ministère du Procureur général ne change rien à son statut constitutionnel, ni ne revêt son action personnelle du statut d'action gouvernementale. Voir *McKinney*, précité, à la p. 269.

On peut également reconnaître la nature privée de la procédure dans la déclaration de l'intimé, particulièrement dans l'allégation contenue au par. 19, portant que les propos diffamatoires:

[TRADUCTION] ... accusant le demandeur de la plus grave inconduite professionnelle, ont causé un tort à sa

aged his professional reputation and brought him into public scandal, odium and contempt, by reason of which the Plaintiff has suffered damage.

The position taken by the appellants at trial is also revealing. Scientology argued that Casey Hill was proceeding with the litigation to advance his "secondary private interest", that he was trying to "get back at [Scientology] for prosecuting him for contempt", and that the libel action amounted to "a risk-free opportunity . . . to pick up some easy money".

The personal nature of the libel action is also evident in the cross-examination of Casey Hill concerning his work with the OPP. At that time, counsel for Scientology stated that the libel action had nothing "to do with damages suffered by Mr. Hill. It's part of an attack motivated by the attitude towards the Church of Scientology, motivated by the fact that as a result of the contempt prosecution he is removed from prosecuting".

In my opinion, the appellants have not satisfied the government action requirement described in s. 32. Therefore, the *Charter* cannot be applied directly to scrutinize the common law of defamation in the circumstances of this case.

Even if there were sufficient government action to bring this case within s. 32, the appellants failed to provide any evidentiary basis upon which to adjudicate their constitutional attack. This Court has stated on a number of occasions that it will not determine alleged *Charter* violations in the absence of a proper evidentiary record. See, for example, *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357. In light of the conclusion that the government action requirement of s. 32 has not been met, I need not address this issue. Yet, I feel a brief comment is necessary because of the light it sheds on the manner in which the appellants have conducted themselves in this litigation.

The action was commenced in December 1984. By the fall of 1985, the appellants were made

réputation professionnelle et ont entraîné un scandale, une humiliation et un outrage publics qui lui ont causé un préjudice.

L'argumentation des appelants au procès est également révélatrice. Scientology a fait valoir que Casey Hill avait engagé la procédure dans le but de promouvoir [TRADUCTION] «ses intérêts privés secondaires», qu'il tentait de «se venger de [Scientologie] parce qu'elle l'avait poursuivi pour outrage», et que l'action pour libelle équivalait à une «chance assurée [...] de se faire de l'argent facilement».

La nature personnelle de l'action en libelle ressort également du contre-interrogatoire de Casey Hill sur son travail avec la PPO. À cette époque, l'avocat de Scientology a déclaré que l'action en libelle n'avait rien [TRADUCTION] «à voir avec le tort subi par M. Hill. Elle s'inscrit dans le cadre d'une attaque motivée par l'attitude adoptée envers l'Église de scientologie, et par le fait que l'action pour outrage a eu pour effet de l'empêcher d'agir dans une poursuite».

À mon avis, les appelants n'ont pas établi l'existence de l'action gouvernementale définie à l'art. 32. On ne peut donc recourir directement à la *Charte* en l'espèce pour examiner la common law de la diffamation.

Même s'il y avait eu action gouvernementale suffisante pour entraîner l'application de l'art. 32, les appelants n'ont pas fourni un fondement de preuve qui permettrait de résoudre leur contestation constitutionnelle. En effet, notre Cour a déclaré à de nombreuses reprises qu'elle ne se prononcerait pas sur des allégations de violation de la *Charte* en l'absence d'une preuve suffisante. Voir par exemple *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357. Étant donné qu'il n'a pas été satisfait à l'exigence relative à l'action gouvernementale définie à l'art. 32, je ne traiterai pas de cette question. J'estime tout de même qu'il est nécessaire d'ajouter un bref commentaire en raison de la lumière qu'il jette sur le comportement des appelants dans le litige.

L'action a été intentée en décembre 1984. À l'automne 1985, les appelants avaient été avisés de

77

78

79

80

81

aware of the requirement to adduce constitutional evidence. In dismissing the appellants' pre-trial motion with respect to the constitutional issues, O'Driscoll J. clearly indicated that the constitutional questions must be decided upon evidence adduced at trial. The date for trial was fixed in January 1991 and confirmed in June. On September 4, 1991, two days into the proceedings, counsel for Scientology sought to adjourn the trial on the grounds that there was "a possibility of . . . seeking to call expert evidence in regard to the freedom of speech issue in this trial". Counsel conceded that he had not prepared or delivered any reports of experts in respect to this issue, and indeed, that he had not yet even consulted with experts. He simply wanted the adjournment in order to "explore that area". The request for adjournment was very properly dismissed.

leur obligation de produire une preuve à caractère constitutionnel. En rejetant la requête préalable au procès des appelants relativement aux questions constitutionnelles, le juge O'Driscoll a clairement indiqué que les questions constitutionnelles devaient être tranchées sur le fondement de la preuve produite au procès. La date du procès a été fixée en janvier 1991, puis confirmée en juin. Le 4 septembre 1991, deux jours après l'ouverture du procès, l'avocat de Scientology en a demandé l'ajournement pour le motif qu'il [TRADUCTION] «envisage[ait] d'appeler un expert à témoigner relativement à la question de la liberté d'expression dans le cadre du procès». L'avocat a admis ne pas avoir rédigé ou remis de rapports d'experts sur cette question ni, en fait, avoir même consulté des experts. Il souhaitait simplement un ajournement afin d'«étudier cette question». Sa demande, à très juste titre, a été rejetée.

82 There is no government action involved in this defamation suit. It now must be determined whether a change or modification in the law of defamation is required to make it comply with the underlying values upon which the *Charter* is founded.

Il n'y a aucune action gouvernementale dans cette action en diffamation. Il faut maintenant déterminer s'il y a lieu de changer ou de modifier le droit de la diffamation pour le rendre conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

(2) Section 52: Charter Values and the Common Law

(2) Article 52: les valeurs de la Charte et la common law

(a) *Interpreting the Common Law in Light of the Values Underlying the Charter*

a) *L'interprétation de la common law à la lumière des valeurs de la Charte*

(i) Review of the Decisions Dealing With the Issue

(i) L'examen des décisions portant sur la question

83 This Court first considered the application of the *Charter* to the common law in *Dolphin Delivery*, *supra*. In that case, the issue was whether an injunction to restrain secondary picketing violated the *Charter* freedom of expression. It was held that, pursuant to s. 32(1) of the *Charter*, a cause of action could only be based upon the *Charter* when particular government action was impugned. Therefore, the constitutionality of the common law could be scrutinized in those situations where a case involved government action which was authorized or justified on the basis of a common law rule which allegedly infringed a *Charter* right.

Notre Cour a examiné pour la première fois l'application de la *Charte* à la common law dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Dans cette affaire, la question était de savoir si une injonction interdisant le piquetage secondaire violait la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Notre Cour a conclu que, conformément au par. 32(1) de la *Charte*, la cause d'action ne pouvait être fondée sur la *Charte* que lorsqu'une action gouvernementale donnée était attaquée. Il était par conséquent possible d'examiner la constitutionnalité de la common law lorsqu'était en cause une action gouvernementale autorisée ou justifiée par une règle

However, *Dolphin Delivery*, *supra*, also held that the common law could be subjected to *Charter* scrutiny in the absence of government action. McIntyre J. wrote, at pp. 592-93, that, in light of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, "there can be no doubt" that the *Charter*, applies to the common law:

The English text provides that "any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". If this language is not broad enough to include the common law, it should be observed as well that the French text adds strong support to this conclusion in its employment of the words "*elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit*". . . . To adopt a construction of s. 52(1) which would exclude from *Charter* application the whole body of the common law which in great part governs the rights and obligations of the individuals in society, would be wholly unrealistic and contrary to the clear language employed in s. 52(1) of the Act. [Emphasis in *Dolphin Delivery*.]

In emphasizing that the common law should develop in a manner consistent with *Charter*-principles, a distinction was drawn between private litigants founding a cause of action on the *Charter* and judges exercising their inherent jurisdiction to develop the common law. At page 603 this was written:

Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of *Charter* causes of action or *Charter* defences between individuals. [Emphasis added.]

de common law dont on alléguait qu'elle portait atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Toutefois, cet arrêt conclut aussi que la common law peut être soumise à un examen fondé sur la *Charte* même en l'absence d'action gouvernementale. Le juge McIntyre dit aux pp. 592 et 593 que, compte tenu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, «il n'y a pas de doute» que la *Charte* s'applique à la common law:

Le texte anglais de la disposition se lit ainsi: «*any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*». À supposer que ces termes ne soient pas assez généraux pour inclure la *common law*, on devrait faire observer également que le texte français vient appuyer davantage cette conclusion en ce qu'il utilise les mots «*elle rend inopérantes les dispositions de toute autre règle de droit*». [...] Adopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l'application de la *Charte* l'ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe. [Souligné dans *Dolphin Delivery*.]

Tout en soulignant que la common law devrait évoluer de manière compatible avec les principes de la *Charte*, il a établi une distinction entre les particuliers qui fondent une cause d'action sur la *Charte* et les juges qui exercent leur compétence inhérente en vue de l'élaboration de la common law. À la p. 603, il a écrit:

Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*. Mais ceci est différent de la proposition qu'une partie privée a envers une autre une obligation constitutionnelle, proposition qui sous-tend la prétendue affirmation de causes d'action en vertu de la *Charte* ou de défenses entre particuliers en vertu de la *Charte*. [Je souligne.]

84

Since 1986, this Court has subjected the common law to *Charter* scrutiny in a number of situations where government action was based upon a common law rule: *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; and *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. However, *Dolphin Delivery*, *supra*, remains the only case which has closely examined the application of the *Charter* in the context of purely private litigation. Nevertheless, it is helpful to review the different approaches which have been suggested in those cases in order to better appreciate which principles should properly apply in cases of private litigation.

85

In *R. v. Salituro*, *supra*, the Crown called the accused's estranged wife as a witness. The common law rule prohibiting spouses from testifying against each other was found to be inconsistent with developing social values and with the values enshrined in the *Charter*. At page 670, Iacobucci J., writing for the Court, held:

Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

Further, at p. 675 this Court held:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.

Depuis 1986, notre Cour a soumis la common law à un examen fondé sur la *Charte* dans plusieurs cas où l'action gouvernementale reposait sur une règle de common law: *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Toutefois, *Dolphin Delivery*, précité, demeure le seul arrêt où a été soigneusement analysée l'application de la *Charte* dans le contexte d'un litige purement privé. Il est néanmoins utile de revoir les différentes positions qui ont été avancées dans ces affaires afin de mieux déterminer les principes applicables dans le contexte de litiges privés.

Dans *R. c. Salituro*, précité, le ministère public a appelé à témoigner l'épouse de l'accusé, dont il vivait séparé. La règle de common law qui rend les conjoints inhabiles à témoigner a été jugée incompatible avec l'évolution des valeurs sociales et avec les valeurs consacrées dans la *Charte*. Le juge Iacobucci, pour la Cour, a conclu à la p. 670:

Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empêcher de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

Notre Cour a en outre conclu ceci à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée.

Unlike the present appeal and the decisions of this Court in *B.C.G.E.U., Swain*, and *Dagenais*, the common law rule in *Salituro* was not alleged to infringe a specific *Charter* right. Rather, it was alleged to be inconsistent with those fundamental values that provide the foundation for the *Charter*. Although the Court in *Salituro* considered whether Parliament had, through the *Evidence Act*, intended to preserve the common law rule, it did not undertake an analysis similar to that which would be required under s. 1 to determine if the *Charter* breach was justifiable. Rather, it proceeded to balance, in a broad and flexible manner, the conflicting values. The reasons examined the origins of the impugned common law rule and the justifications which had been raised for upholding it. These concerns were weighed against the *Charter's* recognition of the equality of women and, more specifically, against the concept of human dignity which inspires the *Charter*. It was held that the values which were set out in the common law rule did not represent the values of today's society which are reflected in the provisions of the *Charter*.

In *B.C.G.E.U., supra*, McEachern C.J.B.C. on his own motion issued an injunction against a union picketing in front of the courthouse: [1983] 6 W.W.R. 640. It was held that the common law rule giving rise to the picketing injunction breached s. 2(b). The breach was then found to be justified following a traditional s. 1 analysis.

Subsequently, in *R. v. Swain, supra*, Lamer C.J. observed that the s. 1 analysis, which has evolved since *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, may not always provide the appropriate framework by which to evaluate the justifications for maintaining a common law rule. In *R. v. Swain*, the Crown raised the insanity defence, over objections by the accused, on the basis of the common law rule which authorized such a procedure. That rule was found to violate s. 7 of the *Charter*. At pages 978-79, Lamer C.J. held:

Contrairement au présent pourvoi et aux arrêts de notre Cour dans *B.C.G.E.U., Swain* et *Dagenais*, on ne prétendait pas, dans l'arrêt *Salituro*, qu'une règle de common law portait atteinte à un droit garanti par la *Charte*. On alléguait en fait son incompatibilité avec les valeurs fondamentales de la *Charte*. Bien que la Cour, dans l'arrêt *Salituro*, ait tenté de déterminer si, par l'entremise de la *Loi sur la preuve*, le législateur avait voulu préserver la règle de common law, elle n'a pas entrepris une analyse semblable à celle qui serait requise sous le régime de l'article premier pour déterminer si la violation de la *Charte* pouvait se justifier. Elle a plutôt tenté de pondérer, de façon générale et souple, les valeurs en conflit. Dans ses motifs, la Cour a passé en revue les origines de la règle de common law contestée et les justifications avancées en faveur de son maintien. Ces facteurs ont été soupesés en regard du fait que la *Charte* consacre l'égalité des femmes et, plus particulièrement, en regard du concept de la dignité humaine qui inspire la *Charte*. Notre Cour a statué que les valeurs que reflétait la règle de common law n'étaient pas celles de la société contemporaine, lesquelles sont consacrées dans les dispositions de la *Charte*.

Dans *B.C.G.E.U., précité*, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique avait, de son propre chef, prononcé une injonction interdisant à un syndicat de faire du piquetage devant le palais de justice: [1983] 6 W.W.R. 640. La règle de common law qui avait permis d'interdire ainsi le piquetage a été jugée contraire à l'al. 2b). Après une analyse traditionnelle sous le régime de l'article premier, la violation a alors été jugée justifiée.

Par la suite, dans *R. c. Swain, précité*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que l'analyse selon l'article premier, qui a évolué depuis l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, n'offre pas toujours le cadre indiqué pour évaluer les raisons du maintien d'une règle de common law. Dans *R. c. Swain*, le ministère public invoquait la défense d'aliénation mentale, malgré les objections de l'accusé, sur le fondement de la règle de common law qui autorise une telle procédure. Cette règle a été jugée contraire à l'art. 7 de la *Charte*. Aux pages 978 et 979, le juge en chef Lamer a écrit:

Before turning to s. 1, however, I wish to point out that because this appeal involves a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, the *Charter* analysis involves somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. For example, having found that the existing common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it may not be strictly necessary to go on to consider the application of s. 1. Having come to the conclusion that the common law rule enunciated by the Ontario Court of Appeal limits an accused's right to liberty in a manner which does not accord with the principles of fundamental justice, it could, in my view, be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice.

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court's simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Nevertheless, in *R. v. Swain*, the formal s. 1 analysis was undertaken since *Oakes*, *supra*, provided a familiar structure for analysis; the constitutional questions were stated with s. 1 in mind and the Court had the benefit of extensive argument on s. 1.

Finally, in *Dagenais*, *supra*, the CBC challenged a publication ban which prevented them from airing one of their programmes. It was held that where the common law rule on publication bans conflicted with *Charter* values, the common law

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais toutefois souligner que, puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier. Après avoir conclu que la règle de common law énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario restreint le droit à la liberté de l'accusé d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, j'estime qu'il conviendrait peut-être de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale.

S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à savoir si l'ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Néanmoins, dans *R. c. Swain*, l'analyse formelle selon l'article premier a été faite pour le motif que l'arrêt *Oakes*, précité, proposait un cadre d'analyse familier, que les questions constitutionnelles étaient énoncées en fonction de l'article premier et que la Cour avait le bénéfice d'arguments nombreux sur l'article premier.

Enfin, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la SRC contestait une interdiction de publication qui l'empêchait de diffuser l'un de ses programmes. On a conclu que, lorsque la règle de common law relative aux interdictions de publication entre en con-

rule must be varied in such a manner as to enable the Court to consider both the objective of a publication ban and the proportionality of the ban's effect on protected *Charter* rights. Without adopting a formal s. 1 analysis, it was held that this approach "clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*" (p. 878).

In light of these cases, then, it remains to be determined what approach should be followed when, in the context of private litigation with no government action involved, a common law rule is alleged to be inconsistent with the *Charter*.

#### (ii) Approach That Should Be Followed

It is clear from *Dolphin Delivery*, *supra*, that the common law must be interpreted in a manner which is consistent with *Charter* principles. This obligation is simply a manifestation of the inherent jurisdiction of the courts to modify or extend the common law in order to comply with prevailing social conditions and values. As was said in *Salituro*, *supra*, at p. 678:

The courts are the custodians of the common law, and it is their duty to see that the common law reflects the emerging needs and values of our society.

Historically, the common law evolved as a result of the courts making those incremental changes which were necessary in order to make the law comply with current societal values. The *Charter* represents a restatement of the fundamental values which guide and shape our democratic society and our legal system. It follows that it is appropriate for the courts to make such incremental revisions to the common law as may be necessary to have it comply with the values enunciated in the *Charter*.

When determining how the *Charter* applies to the common law, it is important to distinguish between those cases in which the constitutionality of government action is challenged, and those in which there is no government action involved. It is important not to import into private litigation the

flit avec les valeurs de la *Charte*, la règle de common law doit être modifiée de manière à permettre à la Cour de considérer à la fois l'objectif d'une interdiction de publication et la proportionnalité de ses effets sur les droits garantis par la *Charte*. Sans adopter une analyse formelle selon l'article premier, la Cour a conclu que cette position «reflète nettement l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et utilisé pour juger une disposition législative en vertu de l'article premier de la *Charte*» (p. 878).

À la lumière de ces décisions, il reste donc à déterminer quelle position adopter lorsque, dans le contexte d'un litige privé où aucune action gouvernementale n'est en cause, on allègue que la règle de common law est contraire à la *Charte*.

#### (ii) La position à privilégier

Il ressort clairement de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la common law doit être interprétée d'une manière qui soit conforme aux principes de la *Charte*. Cette exigence illustre simplement le pouvoir inhérent qu'ont les tribunaux de modifier ou d'élargir la common law de façon à ce qu'elle respecte les conditions et valeurs sociales contemporaines. Selon l'arrêt *Salituro*, précité, à la p. 678:

Les tribunaux sont les gardiens de la common law et il leur incombe de veiller à ce qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs de notre société.

Historiquement, la common law a évolué grâce aux changements progressifs qu'y ont apportés les tribunaux afin que le droit corresponde aux valeurs sociales contemporaines. La *Charte* est une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique et notre régime juridique. Il convient donc que les tribunaux apportent progressivement à la common law des modifications qui permettent de la rendre compatible avec les valeurs énoncées dans la *Charte*.

Lorsqu'il s'agit de déterminer de quelle façon la *Charte* s'applique à la common law, il est important de faire la distinction entre les cas où la constitutionnalité de l'action gouvernementale est contestée, et ceux où il n'y a aucune action gouvernementale. Il y a lieu de veiller à ne pas

90

91

92

93

analysis which applies in cases involving government action.

importer dans la sphère du litige privé l'analyse que l'on effectue lorsqu'il y a action gouvernementale.

94

In *Dolphin Delivery*, *supra*, it was noted that the *Charter* sets out those specific constitutional duties which the state owes to its citizens. When government action is challenged, whether it is based on legislation or the common law, the cause of action is founded upon a *Charter* right. The claimant alleges that the state has breached its constitutional duty. The state, in turn, must justify that breach. While criminal cases present the prime example of government action, challenges to government action can also arise in civil cases. The state's obligation to uphold its constitutional duties is no less pressing in the civil sphere than in the criminal. The two cases of *B.C.G.E.U.*, *supra*, and *Dagenais*, *supra*, present a very specific type of "government action" in the civil context. In both cases, the Court was called upon to consider the operations of the Court and to determine the extent of its own jurisdiction to consider matters which were essentially public in nature. The cases did not involve strictly private litigation. Therefore, they must be approached with caution when considering what analysis should be applied in purely private civil litigation.

Dans *Dolphin Delivery*, précité, on a signalé que la *Charte* prescrit les obligations constitutionnelles précises auxquelles l'État est tenu envers ses citoyens. Lorsque l'action gouvernementale est contestée, qu'elle repose sur la loi ou sur la common law, la cause d'action est fondée sur un droit garanti par la *Charte*. Le demandeur allègue que l'État a violé son obligation constitutionnelle et, à son tour, l'État doit justifier cette violation. Si les affaires criminelles offrent l'exemple par excellence de l'action gouvernementale, les contestations visant une action gouvernementale peuvent également survenir dans des affaires civiles. Le devoir de l'État de respecter ses obligations constitutionnelles n'est pas moins pressant dans le domaine civil que dans le domaine criminel. Les deux arrêts *B.C.G.E.U.* et *Dagenais*, précités, présentent une forme très particulière d'«action gouvernementale» dans le contexte civil. Dans les deux cas, la Cour a été appelée à considérer son propre fonctionnement et à déterminer la mesure de sa compétence pour considérer des questions essentiellement publiques. Il ne s'agissait pas de litiges purement privés. Pour cette raison, ces deux affaires doivent être considérées avec prudence dans la détermination de l'analyse applicable à un litige civil purement privé.

95

Private parties owe each other no constitutional duties and cannot found their cause of action upon a *Charter* right. The party challenging the common law cannot allege that the common law violates a *Charter* right because, quite simply, *Charter* rights do not exist in the absence of state action. The most that the private litigant can do is argue that the common law is inconsistent with *Charter* values. It is very important to draw this distinction between *Charter* rights and *Charter* values. Care must be taken not to expand the application of the *Charter* beyond that established by s. 32(1), either by creating new causes of action, or by subjecting all court orders to *Charter* scrutiny. Therefore, in the context of civil litigation involving only private parties, the *Charter* will "apply" to the common

Les particuliers ne se doivent réciproquement aucune obligation constitutionnelle et ne peuvent fonder leur cause d'action sur un droit garanti par la *Charte*. La partie qui conteste la common law ne peut alléguer que celle-ci viole un droit garanti par la *Charte*, tout simplement parce que les droits garantis par la *Charte* n'existent pas en l'absence d'une action de l'État. Tout ce que le particulier peut prétendre, c'est que la common law est incompatible avec les valeurs de la *Charte*. Il est très important d'établir une distinction entre les droits garantis par la *Charte* et les valeurs de la *Charte*. Il faut prendre soin de ne pas élargir l'application de la *Charte* au-delà de ce qui est établi au par. 32(1), soit en créant de nouvelles causes d'action, soit en assujettissant toutes les ordon-

law only to the extent that the common law is found to be inconsistent with *Charter* values.

Courts have traditionally been cautious regarding the extent to which they will amend the common law. Similarly, they must not go further than is necessary when taking *Charter* values into account. Far-reaching changes to the common law must be left to the legislature.

When the common law is in conflict with *Charter* values, how should the competing principles be balanced? In my view, a traditional s. 1 framework for justification is not appropriate. It must be remembered that the *Charter* “challenge” in a case involving private litigants does not allege the violation of a *Charter* right. It addresses a conflict between principles. Therefore, the balancing must be more flexible than the traditional s. 1 analysis undertaken in cases involving governmental action cases. *Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary.

Finally, the division of onus which normally operates in a *Charter* challenge to government action should not be applicable in a private litigation *Charter* “challenge” to the common law. This is not a situation in which one party must prove a *prima facie* violation of a right while the other bears the onus of defending it. Rather, the party who is alleging that the common law is inconsistent with the *Charter* should bear the onus of proving both that the common law fails to comply with *Charter* values and that, when these values are balanced, the common law should be modified. In the ordinary situation, where government action is said to violate a *Charter* right, it is appropriate that the government undertake the justification for the

nances judiciaires au contrôle fondé sur la *Charte*. Par conséquent, dans le contexte d’un litige civil qui n’oppose que des particuliers, la *Charte* «s’applique» à la common law dans la mesure seulement où elle est jugée incompatible avec les valeurs de la *Charte*.

Les tribunaux ont traditionnellement été prudents quant à l’étendue des modifications à apporter à la common law. De la même manière, ils doivent veiller à ne pas aller plus loin que nécessaire lorsqu’ils tiennent compte des valeurs de la *Charte*. Les changements d’ampleur à la common law doivent être laissés au législateur.

Lorsque la common law entre en conflit avec les valeurs de la *Charte*, comment pondérer les principes opposés? À mon avis, la structure traditionnelle de justification qu’offre l’article premier n’est pas indiquée. Il faut se rappeler que la «contestation» fondée sur la *Charte* dans un litige privé ne repose pas sur la violation d’un droit garanti par la *Charte*. Elle met en cause un conflit entre des principes. Par conséquent, la pondération doit être plus souple que l’analyse traditionnelle effectuée en vertu de l’article premier dans les cas qui mettent en cause une action gouvernementale. Formulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire.

Enfin, le partage habituel du fardeau dans la contestation d’une action gouvernementale fondée sur la *Charte* ne devrait pas intervenir dans un litige privé comportant une «contestation» de la common law fondée sur la *Charte*. Il ne s’agit pas d’un cas où une partie doit établir l’existence d’une violation apparente d’un droit alors que l’autre assume le fardeau de la défendre. La partie qui allègue que la common law est incompatible avec la *Charte* doit plutôt établir à la fois que la common law ne respecte pas les valeurs de la *Charte* et que, suivant la pondération de ces valeurs, la common law doit être modifiée. Dans une situation ordinaire, lorsqu’on dit de l’action gouvernementale qu’elle viole un droit garanti par la *Charte*, il

96

97

98

impugned statute or common law rule. However, the situation is very different where two private parties are involved in a civil suit. One party will have brought the action on the basis of the prevailing common law which may have a long history of acceptance in the community. That party should be able to rely upon that law and should not be placed in the position of having to defend it. It is up to the party challenging the common law to bear the burden of proving not only that the common law is inconsistent with *Charter* values but also that its provisions cannot be justified.

appartient au gouvernement de justifier la loi ou la règle de common law qui est attaquée. En revanche, la situation est toute autre lorsque deux particuliers s'opposent dans une action civile. L'un d'eux aura intenté l'action sur le fondement d'une règle de common law, qui peut être depuis longtemps acceptée au sein de la collectivité. Il devrait donc pouvoir invoquer cette règle de droit sans être tenu de la défendre. Il incombe entièrement à la partie qui conteste la common law de démontrer non seulement que la common law est incompatible avec les valeurs de la *Charte*, mais en outre que ses dispositions ne peuvent être justifiées.

99 With that background, let us first consider the common law of defamation in light of the values underlying the *Charter*.

Forts de ces considérations générales, voyons d'abord la common law de la diffamation à la lumière des valeurs de la *Charte*.

(b) *The Nature of Actions for Defamation: The Values to Be Balanced*

b) *L'action en diffamation: sa nature et les valeurs en cause*

100 There can be no doubt that in libel cases the twin values of reputation and freedom of expression will clash. As Edgerton J. stated in *Sweeney v. Patterson*, 128 F.2d 457 (D.C. Cir. 1942), at p. 458, cert. denied 317 U.S. 678 (1942), whatever is "added to the field of libel is taken from the field of free debate". The real question, however, is whether the common law strikes an appropriate balance between the two. Let us consider the nature of each of these values.

Il ne fait aucun doute que, dans les affaires de libelle, les valeurs jumelles de réputation et de liberté d'expression entreront en conflit. Comme le disait le juge Edgerton dans *Sweeney c. Patterson*, 128 F.2d 457 (D.C. Cir. 1942), à la p. 458, cert. refusé 317 U.S. 678 (1942), [TRADUCTION] «ce que l'on ajoute au domaine du libelle, on le ravit au domaine de la libre discussion». La vraie question, toutefois, est de savoir si la common law offre un juste équilibre entre ces deux valeurs, dont nous examinerons la nature tour à tour.

(i) Freedom of Expression

(i) La liberté d'expression

101 Much has been written of the great importance of free speech. Without this freedom to express ideas and to criticize the operation of institutions and the conduct of individual members of government agencies, democratic forms of government would wither and die. See, for example, *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 133; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306; and *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, at p. 326. More recently, in *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1336, it was said:

On a beaucoup écrit sur l'importance primordiale de la liberté de parole. Sans cette liberté d'exprimer des idées et de critiquer tant le fonctionnement des institutions que le comportement des particuliers attachés aux offices gouvernementaux, les formes démocratiques de gouvernement se détérioreraient et disparaîtraient. Voir par exemple *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 133; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306; et *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, à la p. 326. On peut lire dans l'arrêt plus récent *Edmonton Journal*, précité, à la p. 1336:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

However, freedom of expression has never been recognized as an absolute right. Duff C.J. emphasized this point in *Reference re Alberta Statutes*, *supra*, at p. 133:

The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means ... "freedom governed by law." [Emphasis added.]

See also *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, at pp. 1072 and 1091.

Similar reasoning has been applied in cases argued under the *Charter*. Although a *Charter* right is defined broadly, generally without internal limits, the *Charter* recognizes, under s. 1, that social values will at times conflict and that some limits must be placed even on fundamental rights. As La Forest J. explained in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1489, this Court has adopted a flexible approach to measuring the constitutionality of impugned provisions wherein "the underlying values [of the *Charter*] must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society ...".

In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, for example, s. 319(2) of the *Criminal Code* was found to be justified as a reasonable limit on the appellant's freedom to spread falsehoods relating to the Holocaust and thus to promote hatred

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

Cependant la liberté d'expression n'a jamais été reconnue comme un droit absolu. Le juge en chef Duff a insisté sur ce point dans *Reference re Alberta Statutes*, précité, à la p. 133:

[TRADUCTION] Le droit au débat public est naturellement soumis à des restrictions juridiques; certaines s'appuient sur des motifs d'ordre public et de décence et d'autres visent la protection de divers intérêts publics et privés dont se préoccupent, par exemple, les lois relatives à la diffamation et à la sédition. En un mot, la liberté de parole signifie [...] «la liberté régie par le droit». [Je souligne.]

Voir également *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, aux pp. 1072 et 1091.

On a adopté un raisonnement semblable dans des affaires où la *Charte* était invoquée. Bien qu'un droit garanti par la *Charte* soit défini en termes généraux, d'ordinaire sans limites inhérentes, la *Charte* reconnaît à l'article premier que des valeurs de la société entreront en conflit à certains moments et que des limites doivent être imposées même sur les droits fondamentaux. Comme l'explique le juge La Forest dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, notre Cour a fait preuve de souplesse dans l'appréciation de la constitutionnalité de dispositions contestées, «les valeurs sous-jacentes [de la *Charte* devant] être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique ...».

Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, par exemple, on a jugé que le par. 319(2) du *Code criminel* constituait une limite raisonnable à la liberté de l'appelant de répandre des mensonges sur l'holocauste et de fomenter ainsi la haine con-

102

103

104

against an identifiable group. Dickson C.J. adopted the contextual approach to s. 1 and concluded that, since hate propaganda contributed little to the values which underlie the right enshrined under s. 2(b), namely the quest for truth, the promotion of individual self-development, and participation in the community, a restriction on this type of expression might be easier to justify than would be the case with other kinds of expression.

tre un groupe identifiable. Le juge en chef Dickson a privilégié une méthode contextuelle relativement à l'article premier et conclu que, puisque la propagande haineuse contribuait peu aux valeurs qui sous-tendent le droit consacré à l'al. 2b), à savoir la recherche de la vérité, l'épanouissement personnel et la participation dans la collectivité, il pouvait être plus aisé de justifier une restriction à cette forme d'expression qu'à d'autres types d'expression.

105

In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, the obscenity provisions of the *Criminal Code*, s. 163, were questioned. It was held, under the s. 1 analysis, that pornography could not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" values of freedom of expression. Further, it was found that the fact that the targeted material was expression motivated by economic profit more readily justified the imposition of restrictions.

Dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, on contestait les dispositions du *Code criminel*, art. 163, relatives à l'obscénité. La Cour a conclu que, dans le cadre de l'analyse selon l'article premier, la pornographie ne pouvait se trouver sur un pied d'égalité avec les autres formes d'expression qui font directement appel aux valeurs profondes de la liberté d'expression. En outre, elle a conclu que, puisque les documents en cause étaient une forme d'expression motivée par le profit économique, l'imposition de restrictions était plus aisément justifiée.

106

Certainly, defamatory statements are very tenuously related to the core values which underlie s. 2(b). They are inimical to the search for truth. False and injurious statements cannot enhance self-development. Nor can it ever be said that they lead to healthy participation in the affairs of the community. Indeed, they are detrimental to the advancement of these values and harmful to the interests of a free and democratic society. This concept was accepted in *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203, at pp. 208-9, where it was held that an extension of the qualified privilege to the publication of defamatory statements concerning the fitness for office of a candidate for election would be "harmful to that 'common convenience and welfare of society'". Reliance was placed upon the text *Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings* (4th ed. 1953), at p. 254, wherein the author stated, the following:

On ne peut nier que les déclarations diffamatoires ont un lieu très ténu avec les valeurs profondes qui sous-tendent l'al. 2b). Elles s'opposent à toute recherche de la vérité. Les déclarations fausses et injurieuses ne peuvent contribuer à l'épanouissement personnel, et on ne peut pas dire qu'elles encouragent la saine participation aux affaires de la collectivité. En fait, elles nuisent à l'épanouissement de ces valeurs et aux intérêts d'une société libre et démocratique. Ce concept a été reconnu dans *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203, aux pp. 208 et 209, où il est déclaré qu'étendre la portée de l'immunité relative à la publication de déclarations diffamatoires sur la compétence d'un candidat à une élection serait [TRADUCTION] «nuisible à «l'intérêt et au bien-être communs de la société»». On a invoqué l'ouvrage *Gatley on Libel and Slander in a Civil Action: With Precedents of Pleadings* (4<sup>e</sup> éd. 1953), à la p. 254, où l'auteur s'exprime dans les termes suivants:

It would tend to deter sensitive and honourable men from seeking public positions of trust and responsibility,

[TRADUCTION] On risquerait de dissuader l'homme sensé et respectable de se porter candidat aux postes publics

and leave them open to others who have no respect for their reputation.

See also *Derrickson v. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401 (B.C.C.A.), at p. 408.

## (ii) The Reputation of the Individual

The other value to be balanced in a defamation action is the protection of the reputation of the individual. Although much has very properly been said and written about the importance of freedom of expression, little has been written of the importance of reputation. Yet, to most people, their good reputation is to be cherished above all. A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society's laws. In order to undertake the balancing required by this case, something must be said about the value of reputation.

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

From the earliest times, society has recognized the potential for tragic damage that can be occasioned by a false statement made about a person. This is evident in the Bible, the Mosaic Code and the Talmud. As the author Carter-Ruck, in *Carter-Ruck on Libel and Slander* (4th ed. 1992), explains at p. 17:

The earliest evidence in recorded history of any sanction for defamatory statements is in the Mosaic code. In *Exodus* XXII 28 we find 'Thou shalt not revile the gods nor curse the ruler of thy people' and in *Exodus* XXIII 1 'Thou shalt not raise a false report: put not thine hand with the wicked to be an unrighteous witness'. There is also a condemnation of rumourmongers in *Leviticus*

de confiance et de responsabilité, qui seraient alors laissés à ceux qui n'ont aucune considération pour leur réputation.

Voir également *Derrickson c. Tomat* (1992), 88 D.L.R. (4th) 401 (C.A.C.-B.), à la p. 408.

## (ii) La réputation de la personne

L'action en diffamation commande la considération d'une seconde valeur, la protection de la réputation de la personne. Bien que de nombreux commentaires judiciaires aient été formulés sur l'importance de la liberté d'expression, on ne peut en dire autant de la réputation. Pourtant, la plupart des gens tiennent plus que tout à leur bonne réputation, qui se rattache étroitement à la valeur et à la dignité innées de la personne. Elle est un attribut qui doit, au même titre que la liberté d'expression, être protégé par les lois de la société. Avant d'effectuer la pondération requise en l'espèce, il convient de parler de la valeur de la réputation.

Les démocraties ont toujours reconnu et révéral'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes.

Depuis toujours, la société a reconnu le tort tragique que les fausses déclarations peuvent causer à une personne. On peut le constater à la lecture de la Bible, de la loi mosaïque et du Talmud. Ainsi que l'auteur Carter-Ruck l'explique, dans *Carter-Ruck on Libel and Slander* (4<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 17:

[TRADUCTION] La première indication, dans l'histoire écrite, de sanctions contre les déclarations diffamatoires remonte à la loi mosaïque. Dans l'Exode, XXII, verset 28, on lit: «Tu ne maudiras point Dieu, et tu ne maudiras point le prince de ton peuple»; dans l'Exode, XXIII, verset 1: «Tu ne répandras point de faux bruit. Tu ne te joindras point au méchant pour faire un faux témoi-

107

108

109

XIX 16 'Thou shalt not go up and down as a talebearer among thy people'.

gnage». Dans le Lévitique, XIX, verset 16, on condamne également l'auteur de rumeurs: «Tu ne répandras point de calomnies parmi ton peuple».

110 To make false statements which are likely to injure the reputation of another has always been regarded as a serious offence. During the Roman era, the punishment for libel varied from the loss of the right to make a will, to imprisonment, exile for life, or forfeiture of property. In the case of slander, a person could be made liable for payment of damages.

Tenir des propos mensongers susceptibles de ternir la réputation d'autrui a toujours été considéré comme une infraction grave. À l'époque romaine, la punition pour le libelle variait de la perte du droit de tester à l'emprisonnement, et de l'exil à vie à la confiscation des biens. Dans le cas de la diffamation, l'auteur pouvait être condamné à des dommages-intérêts.

111 It was decreed by the Teutons in the *Lex Salica* that if a man called another a "wolf" or a "hare", he must pay the sum of three shillings; for a false imputation of unchastity in a woman the penalty was 45 shillings. In the *Normal Costumal*, if people falsely called another "thief" or "manslayer", they had to pay damages and, holding their nose with their fingers, publicly confess themselves a liar.

La Loi salique des Teutons prescrivait que l'homme qui traitait un autre homme de «loup» ou de «lièvre» devait verser la somme de trois shillings; pour une fausse accusation relative à la chasteté d'une femme, la pénalité s'élevait à 45 shillings. Dans le *Normal Costumal*, celui qui traitait faussement autrui de «voleur» ou de «meurtrier» était tenu de verser des dommages-intérêts et, en se tenant le nez, de confesser publiquement qu'il était un menteur.

112 With the separation of ecclesiastical and secular courts by the decree of William I following the Norman conquest, the Church assumed spiritual jurisdiction over defamatory language, which was regarded as a sin. The Church "stayed the tongue of the defamer at once *pro custodia morum* of the community, and *pro salute animæ* of the delinquent". See V. V. Veeder, "The History and Theory of the Law of Defamation" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, at p. 551.

Par suite de la séparation des tribunaux ecclésiastiques et séculiers en vertu du décret de Guillaume 1<sup>er</sup> après la conquête normande, l'Église a assumé la compétence spirituelle à l'égard du langage diffamatoire, considéré alors comme un péché. L'Église [TRADUCTION] «faisait taire l'auteur de la diffamation, à la fois *pro custodia morum* de la collectivité et *pro salute animæ* du délinquant»: V. V. Veeder, «The History and Theory of the Law of Defamation» (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, à la p. 551.

113 By the 16th century, the common law action for defamation became commonplace. This was in no small measure due to the efforts of the Star Chamber to eradicate duelling, the favoured method of vindication. The Star Chamber even went so far as to punish the sending of challenges. However, when it proscribed this avenue of recourse to injured parties, the Star Chamber was compelled to widen its original jurisdiction over seditious libel to include ordinary defamation.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'action en diffamation en common law est devenue chose commune en raison, dans une large mesure, des efforts de la Chambre étoilée pour bannir les duels, moyen préféré de justification. La Chambre étoilée sanctionnait même les mises au défi. Toutefois, lorsqu'elle a nié cette voie de recours aux parties lésées, la Chambre étoilée a été contrainte d'élargir sa compétence originale à l'égard du libelle séditieux pour l'étendre à la simple diffamation.

114 The modern law of libel is said to have arisen out of the case *De Libellis Famosis* (1605), 5 Co.

On dit du droit moderne du libelle qu'il tire ses origines de l'affaire *De Libellis Famosis* (1605), 5

Rep. 125a, 77 E.R. 250. There, the late Archbishop of Canterbury and the then Bishop of London were alleged to have been "traduced and scandalized" by an anonymous person. As reported by Coke, it was ruled that all libels, even those against private individuals, ought to be sanctioned severely by indictment at common law or in the Star Chamber. The reasoning behind this was that the libel could incite "all those of the same family, kindred, or society to revenge, and so tends *per consequens* to quarrels and breach of the peace" (p. 251). It was not necessary to show publication to a third person and it made no difference whether the libel was true or whether the plaintiff had a good or bad reputation. Eventually, truth was recognized as a defence in cases involving ordinary defamation.

It was not until the late 17th century that the distinction between libel and slander was drawn by Chief Baron Hale in *King v. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552, where it was held that words spoken, without more, would not be actionable, with a few exceptions. Once they were reduced to writing, however, malice would be presumed and an action would lie.

The character of the law relating to libel and slander in the 20th century is essentially the product of its historical development up to the 17th century, subject to a few refinements such as the introduction and recognition of the defences of privilege and fair comment. From the foregoing we can see that a central theme through the ages has been that the reputation of the individual is of fundamental importance. As Professor R. E. Brown writes in *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. 1994), at p. 1-4:

"(N)o system of civil law can fail to take some account of the right to have one's reputation remain untarnished by defamation." Some form of legal or social constraints on defamatory publications "are to be found in all stages of civilization, however imperfect, remote, and proximate to barbarism." [Footnotes omitted.]

Co. Rep. 125a, 77 E.R. 250. On alléguait dans cette affaire que l'ex-archevêque de Canterbury et l'évêque de Londres d'alors avaient été victimes de «calomnies et de médisances» de la part d'un inconnu. Ainsi que le rapporte Coke, il a été jugé que tous les libelles, même ceux commis contre des particuliers, devaient être punis sévèrement par mise en accusation en common law ou devant la Chambre étoilée. C'est que l'on craignait que le libelle incite [TRADUCTION] «tous les membres de la même famille, les parents ou la société à se venger et par conséquent à se quereller et à troubler la paix» (p. 251). Il n'était pas nécessaire de montrer la publication à une tierce personne, et il importait peu que le libelle soit véridique ou que le demandeur jouisse d'une bonne ou d'une mauvaise réputation. Par la suite, la vérité a été reconnue comme moyen de défense dans les affaires de simple diffamation.

Ce n'est qu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle que la distinction entre le libelle et la diffamation a été établie par le juge en chef Hale dans *King c. Lake* (1679), Hardres 470, 145 E.R. 552, où il a conclu que les paroles proférées, sans plus, ne pourraient faire l'objet de poursuites, sauf à quelques exceptions. Toutefois s'il s'agissait d'un écrit on présumait la malveillance, et une action pouvait être intentée.

Le droit relatif au libelle et à la diffamation au XX<sup>e</sup> siècle est essentiellement le produit de son évolution jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, sous réserve de quelques modifications comme l'introduction et la reconnaissance des défenses d'immunité et de commentaire loyal. De ce qui précède, on peut constater à travers les âges le thème central de l'importance fondamentale de la réputation de la personne. Comme le dit le professeur R. E. Brown dans *The Law of Defamation in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 1-4:

[TRADUCTION] «(A)ucun régime de droit civil ne peut ignorer le droit d'une personne à la protection de sa réputation contre la diffamation.» On trouve des restrictions juridiques ou sociales aux publications diffamatoires «à toutes les étapes de la civilisation, aussi imparfaites, éloignées et proches de la barbarie soient-elles». [Notes omises.]

115

116

117

Though the law of defamation no longer serves as a bulwark against the duel and blood feud, the protection of reputation remains of vital importance. As David Lepofsky suggests in "Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws 'Chill' the Exercise of Freedom of Expression?" (1994), 4 *N.J.C.L.* 169, at p. 197, reputation is the "fundamental foundation on which people are able to interact with each other in social environments". At the same time, it serves the equally or perhaps more fundamentally important purpose of fostering our self-image and sense of self-worth. This sentiment was eloquently expressed by Stewart J. in *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), who stated at p. 92:

The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being — a concept at the root of any decent system of ordered liberty.

118

In the present case, consideration must be given to the particular significance reputation has for a lawyer. The reputation of a lawyer is of paramount importance to clients, to other members of the profession and to the judiciary. A lawyer's practice is founded and maintained upon the basis of a good reputation for professional integrity and trustworthiness. It is the cornerstone of a lawyer's professional life. Even if endowed with outstanding talent and indefatigable diligence, a lawyer cannot survive without a good reputation. In his essay entitled "The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct" (1993), 27 *L. Soc. Gaz.* 119, David Hawreluk described the importance of a reputation for integrity. At page 121, he quoted Lord Birkett on the subject:

The advocate has a duty to his client, a duty to the Court, and a duty to the State; but he has above all a duty to himself and he shall be, as far as lies in his power, a man of integrity. No profession calls for higher standards of honour and uprightness, and no profession, perhaps, offers greater temptations to forsake them; but whatever gifts an advocate may possess, be they never so dazzling, without the supreme

Bien que le droit de la diffamation ne serve plus de rempart contre le duel et les conflits sanguinaires, la protection de la réputation demeure d'importance vitale. Comme l'indique David Lepofsky dans «Making Sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws «Chill» the Exercise of Freedom of Expression?» (1994), 4 *N.J.C.L.* 169, à la p. 197, la réputation est le [TRADUCTION] «pilier fondamental grâce auquel les gens peuvent interagir avec autrui en milieu social». Du même coup, il sert l'objectif aussi fondamentalement important, voire même plus, de protéger l'image de soi d'un individu et son sens de sa valeur propre. Ce sentiment a été exprimé avec éloquence par le juge Stewart dans *Rosenblatt c. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), qui écrit à la p. 92:

[TRADUCTION] Le droit d'un homme à la protection de sa réputation contre toute intrusion injustifiée et tout préjudice illégal ne reflète rien de plus que notre concept fondamental de dignité et de valeur essentielles à tout être humain — un concept à la base de tout système acceptable de liberté ordonnée.

En l'espèce, il faut tenir compte de l'importance particulière que revêt la réputation pour l'avocat. La réputation d'un avocat est d'une importance primordiale vis-à-vis des clients, des membres de la profession et de la magistrature. L'avocat monte sa pratique et la maintient grâce à sa réputation d'intégrité et de conscience professionnelles. Elle est la pierre angulaire de sa vie professionnelle. Même doué d'un talent exceptionnel et faisant preuve d'une diligence de tout instant, l'avocat ne peut survivre sans une réputation irréprochable. Dans son essai intitulé «The Lawyer's Duty to Himself and the Code of Professional Conduct» (1993), 27 *L. Soc. Gaz.* 119, David Hawreluk décrit l'importance d'une réputation d'intégrité. À la p. 121, il reprend les propos de lord Birkett sur ce point:

[TRADUCTION] L'avocat a une obligation envers son client, la Cour et l'État; mais par-dessus tout, il a une obligation envers lui-même, celle de faire preuve, autant que possible, d'intégrité. Aucune profession n'exige un degré plus élevé de probité et d'intégrité, et aucune profession n'offre peut-être de plus fortes tentations d'y renoncer; mais quels que soient les talents d'un avocat, aussi éclatants puissent-ils être,

qualification of an inner integrity he will fall short of the highest . . .

Similarly, Esson J. in *Vogel v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), at pp. 177-78 stated:

The qualities required of a lawyer who aspires to the highest level of his profession are various, but one is essential. That is a reputation for integrity. The programs were a massive attack upon that reputation. The harm done to it can never be wholly undone, and therefore the stigma so unfairly created will always be with the plaintiff.

When the details of the Vogel affair have faded from memory, what will remain in the minds of many people throughout Canada is a lurking recollection that he was the centre of a scandal which arose out of his conduct in office.

Although it is not specifically mentioned in the *Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. It follows that the protection of the good reputation of an individual is of fundamental importance to our democratic society.

Further, reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection. As La Forest J. wrote in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, privacy, including informational privacy, is "[g]rounded in man's physical and moral autonomy" and "is essential for the well-being of the individual". The publication of defamatory comments constitutes an invasion of the individual's personal privacy and is an affront to that person's dignity. The protection of a person's reputation is indeed worthy of protection in our democratic society and must be carefully balanced against the equally important right of freedom of expression. In order to undertake the requisite balancing of values, let us first review the change to the existing common law proposed by the appellants.

s'il n'a pas cette qualité suprême qu'est l'intégrité intérieure, il n'atteindra pas les sommets . . .

De même, le juge Esson dans *Vogel c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1982] 3 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), aux pp. 177 et 178, écrit:

[TRADUCTION] L'avocat qui aspire au sommet de sa profession doit être doué de plusieurs qualités, dont l'une est essentielle. Il s'agit de la réputation d'intégrité. Les programmes ont sévèrement attaqué cette réputation. Le tort causé à celle-ci ne peut jamais être complètement réparé, et par conséquent, les stigmates si injustement infligés demeureront toujours.

Lorsque le temps aura estompé le souvenir des détails entourant l'affaire Vogel, il ne restera dans l'esprit de nombreux Canadiens que le vague souvenir d'un scandale né de son comportement dans l'exercice de ses fonctions.

Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente; concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique.

En outre, la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. Comme le juge La Forest le dit dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, la vie privée, y compris la vie privée sur le plan de l'information, est «[f]ondée sur l'autonomie morale et physique de la personne» et «est essentielle à son bien-être». La publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu et un affront à sa dignité. La réputation d'une personne mérite effectivement d'être protégée dans notre société démocratique et cette protection doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d'expression. Aux fins de la nécessaire pondération de ces valeurs, voyons d'abord le changement que les appelants proposent à la common law actuelle.

119

120

121

(c) *The Proposed Remedy: Adopting the New York Times v. Sullivan "Actual Malice" Rule*

c) *Solution proposée: La règle de la «malveillance véritable» selon New York Times c. Sullivan*

122 In *New York Times v. Sullivan*, *supra*, the United States Supreme Court ruled that the existing common law of defamation violated the guarantee of free speech under the First Amendment of the Constitution. It held that the citizen's right to criticize government officials is of such tremendous importance in a democratic society that it can only be accommodated through the tolerance of speech which may eventually be determined to contain falsehoods. The solution adopted was to do away with the common law presumptions of falsity and malice and place the onus on the plaintiff to prove that, at the time the defamatory statements were made, the defendant either knew them to be false or was reckless as to whether they were or not.

Dans l'arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, la Cour suprême des États-Unis a statué que la common law de la diffamation alors en vigueur violait la garantie de liberté de parole prévue au Premier amendement de la Constitution. Elle a conclu que le droit du citoyen de critiquer les représentants du gouvernement revêt une importance si exceptionnelle dans une société démocratique que son respect passe nécessairement par la tolérance du propos qui, à la fin, peut être jugé mensonger. La solution adoptée consistait à supprimer les présomptions de fausseté et de malveillance existant en common law, et à imposer au demandeur le fardeau d'établir qu'à l'époque où les propos diffamatoires ont été tenus, le défendeur savait qu'ils étaient faux ou ne se souciait pas de savoir s'ils l'étaient ou non.

123 At the outset, it is important to understand the social and political context of the times which undoubtedly influenced the decision in *New York Times v. Sullivan*, *supra*. The impugned publication was an editorial advertisement, placed in the appellant's newspaper, entitled "Heed Their Rising Voices". It criticized the widespread segregation which continued to dominate life in the southern states in the late 1950s and early 1960s. Prominent and well respected individuals, including Mrs. Eleanor Roosevelt, lent their name to the advertisement. It communicated information, recited grievances, protested abuses and sought financial support. The group or movement sponsoring the advertisement was characterized by Brennan J. as one "whose existence and objectives are matters of the highest public interest and concern" (p. 266). Black J. described the controversy at the heart of the suit in the following terms at p. 294:

Avant tout, il importe de saisir le contexte social et politique qui, à cette époque, a certainement influencé la décision *New York Times c. Sullivan*, précitée. La publication attaquée, une publicité rédactionnelle intitulée «Heed Their Rising Voices», avait été placée dans le journal de l'appellant. On y critiquait la ségrégation qui, sur une grande échelle, continuait à dominer la vie des États du sud à la fin des années 1950 et au début des années 1960. Des personnalités connues et respectées, comme M<sup>me</sup> Eleanor Roosevelt, avaient prêté leur nom à la publicité, laquelle divulguait certains renseignements, énonçait des griefs, dénonçait des abus et demandait un appui financier. Le juge Brennan a dit de l'existence et de l'objectif du groupe ou mouvement appuyant la publicité qu'il relevait [TRADUCTION] «du plus haut intérêt public» (p. 266). Le juge Black a décrit dans les termes suivants la controverse au cœur de laquelle se trouvait l'action à la p. 294:

One of the acute and highly emotional issues in this country arises out of efforts of many people, even including some public officials, to continue state-commanded segregation of races in the public schools and other public places, despite our several holdings that

[TRADUCTION] L'un des sujets les plus brûlants et chargés d'émotion dans notre pays découle des efforts de nombreuses personnes, dont même certains représentants officiels, à perpétuer au nom de l'État la ségrégation des races dans les écoles publiques et autres

such a state practice is forbidden by the Fourteenth Amendment.

The advertisement did not mention by name the plaintiff, who was a white elected commissioner from Montgomery, Alabama. Only 35 copies of the edition of the *New York Times* which carried that advertisement were circulated in Montgomery, and only 394 were circulated in the entire state of Alabama. The trial took place in 1960, in a segregated court room in Montgomery, before a white judge and all-white jury. Damages of \$500,000 U.S. were awarded. This would be the current equivalent in Canada of approximately \$3.5 million.

The Supreme Court, in overturning the verdict, clearly perceived the libel action as a very serious attack not only on the freedom of the press but, more particularly, on those who favoured desegregation in the southern United States. It was concerned that such a large damage award could threaten the very existence of, in Black J.'s words, "an American press virile enough to publish unpopular views on public affairs and bold enough to criticize the conduct of public officials" (p. 294). This concern was intensified by the fact that a second libel verdict of \$500,000 U.S. had already been awarded to another Montgomery commissioner against the *New York Times*. In addition, 11 other libel suits, arising out of the same advertisement, were pending against the newspaper.

Another motivating factor for this radical change to the common law was the American jurisprudence to the effect that the statements of public officials which came "within the outer perimeter of their duties" were privileged unless actual malice was proved. The rationale behind this privilege was that the threat of damage suits would "dampen the ardor of all but the most resolute, or the most irresponsible, in the unflinching discharge of their duties": *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959), at p. 571. The Supreme Court in the

endroits publics, en dépit de plusieurs décisions déclarant cette pratique interdite en vertu du Quatrième Amendement.

La publicité ne révélait pas le nom du demandeur, un commissaire blanc élu, de Montgomery, en Alabama. Seulement 35 exemplaires de l'édition du *New York Times* contenant la publicité avaient été diffusés à Montgomery, et 394 seulement l'avaient été dans tout l'État de l'Alabama. Le procès s'était déroulé en 1960 à Montgomery dans une salle d'audience où se pratiquait la ségrégation, devant un juge blanc et un jury formé exclusivement de personnes de race blanche. Des dommages-intérêts de 500 000 \$ U.S. ont été adjugés. Aujourd'hui, cette somme équivaldrait au Canada à environ 3,5 millions de dollars.

La Cour suprême, qui a écarté le verdict, a manifestement perçu l'action en libelle comme une grave attaque contre non seulement la liberté de la presse, mais plus particulièrement, contre les partisans de la déségrégation dans le sud des États-Unis. Elle craignait qu'un montant aussi élevé de dommages-intérêts menace l'existence même, selon les termes du juge Black, [TRADUCTION] «d'une presse américaine suffisamment courageuse pour publier des opinions impopulaires sur les affaires publiques et suffisamment forte pour critiquer le comportement de représentants officiels» (p. 294). Cette crainte était d'autant plus vive qu'un second verdict de libelle accordant une somme de 500 000 \$ U.S. avait déjà été prononcé en faveur d'un autre commissaire de Montgomery contre le *New York Times*. Par ailleurs, 11 autres actions pour libelle, procédant de la même publicité, étaient en instance contre le journal.

Ce changement radical dans la common law était également motivé par la jurisprudence américaine portant que les déclarations de représentants officiels qui demeurent [TRADUCTION] «dans le périmètre extérieur de leurs fonctions» sont protégées, à moins que l'on établisse la malveillance véritable. La raison d'être de cette immunité était que la menace d'actions en dommages-intérêts [TRADUCTION] «atténuerait l'ardeur de tous, à l'exception des plus résolus ou encore des plus irresponsables, dans l'exécution inébranlable de leurs

124

125

126

*Sullivan* decision held that analogous considerations supported the protection which it accorded to critics of the government.

(d) *Critiques of the "Actual Malice" Rule*

(i) Comments on the Decision in the United States

fonctions»: *Barr c. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959), à la p. 571. La Cour suprême a conclu dans *Sullivan* que des considérations analogues justifiaient la protection qu'elle accordait aux personnes qui critiquaient le gouvernement.

d) *Critiques à l'endroit de la règle de la «malveillance véritable»*

(i) Commentaires formulés aux États-Unis

The "actual malice" rule has been severely criticized by American judges and academic writers. It has been suggested that the decision was overly influenced by the dramatic facts underlying the dispute and has not stood the test of time. See, for example, R. A. Epstein, "Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?" (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 782, at p. 787; *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985), at p. 767. Commentators have pointed out that, far from being deterred by the decision, libel actions have, in the post-*Sullivan* era, increased in both number and size of awards. They have, in this way, mirrored the direction taken in other tort actions. See Epstein, *supra*; R. P. Bezanson, "Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight" (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226, at pp. 228-29. It has been said that the *New York Times v. Sullivan*, decision has put great pressure on the fact-finding process since courts are now required to make subjective determinations as to who is a public figure and what is a matter of legitimate public concern. See Christie, *supra*, at pp. 63-64.

La règle de la «malveillance véritable» a été sévèrement critiquée, tant par les juges américains que par les auteurs. D'aucuns ont donné à entendre que la décision avait été excessivement influencée par les faits dramatiques qui avaient déclenché du litige et qu'elle n'a pas résisté au passage du temps. Voir par exemple R. A. Epstein, «Was *New York Times v. Sullivan* Wrong?» (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 782, à la p. 787; *Dun & Bradstreet, Inc. c. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985), à la p. 767. Les auteurs ont souligné que, loin de décourager les actions en libelle, l'arrêt *Sullivan* a entraîné une augmentation à la fois du nombre d'actions intentées et des montants adjugés. En ce sens, elles suivent les tendances des autres actions délictuelles. Voir Epstein, *loc. cit.*; R. P. Bezanson, «Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight» (1985), 71 *Iowa L. Rev.* 226, aux pp. 228 et 229. On a dit que l'arrêt *New York Times c. Sullivan* avait imposé une pression énorme sur le processus de recherche des faits puisque les tribunaux sont maintenant tenus de déterminer de façon subjective qui est une personnalité publique et quelle question met légitimement en cause l'intérêt public. Voir Christie, *loc. cit.*, aux pp. 63 et 64.

Perhaps most importantly, it has been argued the decision has shifted the focus of defamation suits away from their original, essential purpose. Rather than deciding upon the truth of the impugned statement, courts in the U.S. now determine whether the defendant was negligent. Several unfortunate results flow from this shift in focus. First, it may deny the plaintiff the opportunity to establish the falsity of the defamatory statements and to determine the consequent reputational harm. This is

Avant tout, on a soutenu que la décision avait eu pour effet de détourner les actions en diffamation de leur objectif original et essentiel. Plutôt que de se prononcer sur la vérité des propos contestés, les tribunaux des États-Unis doivent déterminer maintenant si le défendeur a fait preuve de négligence. Ce changement d'optique engendre plusieurs résultats malencontreux. Premièrement, on risque de nier au demandeur la possibilité d'établir la fausseté des déclarations diffamatoires et de déter-

particularly true in cases where the falsity is not seriously contested. See Bezanson, *supra*, at p. 227.

Second, it necessitates a detailed inquiry into matters of media procedure. This, in turn, increases the length of discoveries and of the trial which may actually increase, rather than decrease, the threat to speech interests. See D. A. Barrett, "Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative" (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847, at p. 855.

Third, it dramatically increases the cost of litigation. This will often leave a plaintiff who has limited funds without legal recourse. See P. N. Leval, "The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 1287, at p. 1288; A. Lewis, "*New York Times v. Sullivan* Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'" (1983), 83 *Colum. L. Rev.* 603; M. London, "The 'Muzzled Media': Constitutional Crisis or Product Liability Scam?" in *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press* (1993), at pp. 17-20.

Fourth, the fact that the dissemination of falsehoods is protected is said to exact a major social cost by deprecating truth in public discourse. See L. C. Bollinger, "The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*", [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1, at p. 6; J. A. Barron, "Access to the Press — A New First Amendment Right" (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641, at pp. 1657-58.

A number of jurists in the United States have advocated a reconsideration of the *New York Times v. Sullivan* standard. These include one of the justices of the Supreme Court who participated in that decision. In *Dun & Bradstreet, Inc.*, *supra*, White J. stated, in a minority concurring opinion with which Burger C.J. concurred on this point, that he had "become convinced that the Court struck an improvident balance in the *New York Times* case between the public's interest in being fully

miner le tort ainsi causé à sa réputation. C'est particulièrement vrai dans les cas où la fausseté n'est pas sérieusement contestée. Voir Bezanson, *loc. cit.*, à la p. 227.

Deuxièmement, cela force la tenue d'une enquête approfondie sur des questions de procédure médiatique. De ce fait, on prolonge la durée des enquêtes préalables et du procès, ce qui est susceptible d'accentuer plutôt que de réduire la menace qui pèse sur le droit de parole. Voir D. A. Barrett, «Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative» (1986), 74 *Cal. L. Rev.* 847, à la p. 855.

Troisièmement, le coût des litiges s'en trouve considérablement accru. Le demandeur dont les ressources sont restreintes sera fréquemment privé de tout recours juridique. Voir P. N. Leval, «The No-Money, No-Fault Libel Suit: Keeping *Sullivan* in its Proper Place» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 1287, à la p. 1288; A. Lewis, «*New York Times v. Sullivan* Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'» (1983), 83 *Colum. L. Rev.* 603; M. London, «The «Muzzled Media»: Constitutional Crisis or Product Liability Scam?» dans *At What Price? Libel Law and Freedom of the Press* (1993), aux pp. 17 à 20.

Quatrièmement, on dit que la protection de la diffusion de déclarations fausses impose un coût social considérable en dévalorisant la vérité du discours public. Voir L. C. Bollinger, «The End of *New York Times v. Sullivan*: Reflections on *Masson v. New Yorker Magazine*», [1991] *Sup. Ct. Rev.* 1, à la p. 6; J. A. Barron, «Access to the Press — A New First Amendment Right» (1966-67), 80 *Harv. L. Rev.* 1641, aux pp. 1657 et 1658.

Nombre de juristes aux États-Unis préconisent la révision de la norme énoncée dans *New York Times c. Sullivan*. L'un d'entre eux était au nombre des juges de la Cour suprême qui ont participé à cette décision. Dans *Dun & Bradstreet, Inc.*, précité, le juge White, dans des motifs minoritaires concordants auxquels le juge en chef Burger a souscrit sur ce point, a déclaré qu'il était [TRADUCTION] «convaincu que la cour a établi une pondération imprévoyante dans l'affaire *New York Times*

129

130

131

132

informed about public officials and public affairs and the competing interest of those who have been defamed in vindicating their reputation" (p. 767). He went on to state at pp. 767-69:

In a country like ours, where the people purport to be able to govern themselves through their elected representatives, adequate information about their government is of transcendent importance. That flow of intelligence deserves full First Amendment protection. Criticism and assessment of the performance of public officials and of government in general are not subject to penalties imposed by law. But these First Amendment values are not at all served by circulating false statements of fact about public officials. On the contrary, erroneous information frustrates these values. They are even more deserved when the statements falsely impugn the honesty of those men and women and hence lessen the confidence in government. As the Court said in *Gertz*: "(T)here is no constitutional value in false statements of fact. Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society's interest in 'uninhibited, robust, and wide-open' debate on public issues." . . . Yet in *New York Times* cases, the public official's complaint will be dismissed unless he alleges and makes out a jury case of a knowing or reckless falsehood. Absent such proof, there will be no jury verdict or judgment of any kind in his favor, even if the challenged publication is admittedly false. The lie will stand, and the public continue to be misinformed about public matters. . . . Furthermore, when the plaintiff loses, the jury will likely return a general verdict and there will be no judgment that the publication was false, even though it was without foundation in reality. The public is left to conclude that the challenged statement was true after all. Their only chance of being accurately informed is measured by the public official's ability himself to counter the lie, unaided by the courts. That is a decidedly weak reed to depend on for the vindication of First Amendment interests . . .

Also, by leaving the lie uncorrected, the *New York Times* rule plainly leaves the public official without a remedy for the damage to his reputation. Yet the Court has observed that the individual's right to the protection of his own good name is a basic consideration of our

entre le droit du public d'être pleinement renseigné sur les représentants officiels et sur les affaires publiques, et le droit opposé des victimes de diffamation de défendre leur réputation» (p. 767). Puis il a ajouté, aux pp. 767 à 769:

[TRADUCTION] Dans un pays comme le nôtre, où les citoyens prétendent être en mesure de gouverner par l'intermédiaire de représentants élus, il est d'importance transcendantale d'être suffisamment informé sur le gouvernement. Tous ces renseignements méritent la pleine protection du Premier amendement. La critique et l'évaluation de la prestation des représentants officiels et du gouvernement en général ne sont pas susceptibles d'être pénalisés par la loi. Toutefois, ces valeurs du Premier amendement ne sont aucunement servies par la diffusion de fausses déclarations de fait sur des représentants officiels. Bien au contraire, les faux renseignements contrecarrent ces valeurs, lesquelles sont d'autant plus mal servies lorsque les déclarations attaquent faussement l'honnêteté d'hommes et de femmes et anéantissent ainsi la confiance dans le gouvernement. Comme la cour l'a dit dans *Gertz*: «(L)es fausses déclarations de fait n'ont aucune valeur constitutionnelle. Ni le mensonge intentionnel, ni l'erreur négligente ne font avancer véritablement le droit de la société à un débat libre, vigoureux et ouvert sur des questions d'intérêt public» [. . .] Pourtant, dans les affaires du *New York Times*, la plainte du représentant officiel sera rejetée à moins qu'il allègue et convainc le jury que l'auteur savait que les déclarations étaient fausses ou ne se souciait pas qu'elles le soient. En l'absence d'une telle preuve, aucun verdict du jury ni jugement de quelque sorte ne sera prononcé en sa faveur, même si la fausseté de la publication en cause est admise. Le mensonge subsistera et le public continuera d'être mal informé sur des questions d'intérêt public [. . .] En outre, si l'action du demandeur est rejetée, il est probable que le jury prononcera un verdict général et ne conclura pas à la fausseté de la publication même si, en réalité, celle-ci est dénuée de tout fondement. Le public n'aura alors plus qu'à conclure que la déclaration attaquée était véridique, après tout. Sa seule chance d'être bien informé est mesurée en regard de la capacité du représentant officiel de réfuter le mensonge, sans l'aide des tribunaux. Il s'agit là d'un bien faible roseau sur lequel fonder la défense des droits garantis par le Premier amendement . . .

De même, en laissant persister le mensonge, la règle énoncée dans *New York Times* prive clairement le représentant officiel de toute réparation pour le tort causé à sa réputation. Pourtant, la cour a remarqué que le droit de la personne à la protection de son nom est un facteur

constitutional system, reflecting “our basic concept of the essential dignity and worth of every human being — a concept at the root of any decent system of ordered liberty.” . . .

The *New York Times* rule thus countenances two evils: first, the stream of information about public officials and public affairs is polluted and often remains polluted by false information; and second, the reputation and professional life of the defeated plaintiff may be destroyed by falsehoods that might have been avoided with a reasonable effort to investigate the facts. In terms of the First Amendment and reputational interests at stake, these seem grossly perverse results. [Emphasis added.]

In the subsequent case of *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986), the majority of the United States Supreme Court refused to grant *certiorari*. Burger C.J. and Rehnquist J. dissented because of their view that the court should re-examine *New York Times v. Sullivan*, *supra*, and “give plenary attention to this important issue” (p. 1187).

(ii) Consideration of the Actual Malice Rule in the United Kingdom

The courts in England have refused to adopt the “actual malice” standard. In *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011, the House of Lords considered an action brought by a municipal council against the publisher of a Sunday newspaper. The claim for damages, which was denied, arose from articles concerning the authority’s management of its superannuation fund. In his reasons, Lord Keith stated that public interest considerations similar to those underlying the *New York Times v. Sullivan*, *supra*, decision were involved in that it was “of the highest public importance that a democratically elected governmental body, or indeed any governmental body, should be open to uninhibited public criticism” (p. 1017). However, the appropriateness of the “actual malice” standard was not considered and it was not incorporated into the law of England. In fact, Lord Keith stated that if the individual reputation of any of the local councillors

fondamental dans notre régime constitutionnel, qui reflète «notre concept fondamental de dignité et de valeur essentielles à tout être humain — un concept à la base de tout système acceptable de liberté ordonnée.» . . .

La règle énoncée dans *New York Times* a donc deux résultats néfastes: d’une part, le flot d’information répandu sur les représentants officiels et sur les affaires publiques est contaminé par de faux renseignements qui, fréquemment, subsistent; d’autre part, la réputation et la vie professionnelle du demandeur débouté peuvent être détruites par des mensonges qui auraient pu être évités si un effort raisonnable d’enquêter sur les faits avait été fourni. Du point de vue du Premier amendement et du droit à la réputation en jeu, ces résultats semblent très malencontreux. [Je souligne.]

Dans l’arrêt subséquent *Coughlin c. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986), la Cour suprême des États-Unis à la majorité a refusé d’accorder un *certiorari*. Le juge en chef Burger et le juge Rehnquist se sont portés dissidents, étant d’avis que la cour devrait reconsidérer l’arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, et [TRADUCTION] «prêter toute son attention à cette importante question» (p. 1187).

(ii) L’examen de la règle de la malveillance véritable au Royaume-Uni

Les tribunaux d’Angleterre ont refusé d’adopter la norme de la «malveillance véritable». Dans *Derbyshire County Council c. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All E.R. 1011, la Chambre des lords était saisie d’une action intentée par un conseil municipal contre l’éditeur d’un journal dominical. L’action en dommages-intérêts, qui a été rejetée, procédait d’articles se rapportant à la gestion par les autorités de leur régime de retraite. Dans ses motifs, lord Keith a déclaré que des considérations d’intérêt public semblables à celles qui avaient fondé l’arrêt *New York Times c. Sullivan*, précité, étaient en jeu en ce qu’il était [TRADUCTION] «de la plus haute importance pour le public qu’un organisme gouvernemental démocratiquement élu, ou en fait tout organisme gouvernemental, puisse être critiqué librement sur la place publique» (p. 1017). Toutefois, l’opportunité de la norme de la «malveillance véritable» n’a pas été examinée, et la règle n’a pas été intégrée dans le droit anglais. En

133

134

had been wrongly damaged by the impugned publication, they could have brought an action for defamation in their personal capacity.

(iii) The Australian Position on Actual Malice

135

The Australian case of *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1 (H.C.), considered an action brought by a member of that country's House of Representatives in response to a letter to the editor of a local newspaper which was critical of his views. Although a plurality of the seven judges sitting on the High Court held that the existing law of defamation curtailed the constitutionally protected right to political discussion, it rejected the adoption of the "actual malice" standard, stating at pp. 22-23:

Even assuming that, in conformity with *Sullivan*, the test is confined to plaintiffs who are public officials, in our view it gives inadequate protection to reputation. . . .

... the protection of free communication does not necessitate such a subordination of the protection of individual reputation as appears to have occurred in the United States.

(iv) The Position Taken by International Law Reform Commissions

136

International law reform organizations have also criticized the *New York Times v. Sullivan* rule. The Australian Law Reform Commission's Report No. 11, *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (the Kirby Committee Report) (1979), criticized the concept of "public official" on the basis that "a minor elected official or public servant [would be] in a more vulnerable position than a prominent businessman" (p. 252). The United Kingdom *Report of the Committee on Defamation* (the Faulks Committee Report) (1975), held that the rule "would in many cases deny a just remedy to defamed persons" (p. 169). Finally, the Irish Law Reform Commission's *Report on the Civil Law of Defamation* (the Keane Final Report) (1991), stated that "while the widest possible range of criticism of public officials and public figures is desir-

fait, lord Keith a déclaré que, si la réputation de l'un des conseillers municipaux avait été ternie à tort par la publication contestée, il aurait pu intentionner une action en diffamation en sa qualité personnelle.

(iii) La position australienne à l'égard de la malveillance véritable

Dans l'affaire australienne *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1 (H.C.), une action était intentée par un membre de la Chambre des représentants en réponse à une lettre envoyée au rédacteur d'un journal local qui critiquait ses opinions. Bien qu'une majorité des sept juges de la Haute Cour ait conclu que le droit de la diffamation existant portait atteinte au droit constitutionnellement protégé au débat politique, elle a rejeté l'adoption de la norme de la «malveillance véritable», déclarant aux pp. 22 et 23:

[TRADUCTION] Même à supposer que, conformément à l'arrêt *Sullivan*, le critère soit confiné aux titulaires d'une charge publique, à notre avis il offre une protection inadéquate à la réputation . . .

... la protection de la libre communication ne requiert pas semblable subordination de la protection de la réputation d'une personne, comme il paraît s'être produit aux États-Unis.

(iv) La position des commissions de réforme du droit internationales

Les organisations internationales de réforme du droit ont également critiqué la règle énoncée dans *New York Times c. Sullivan*. Les auteurs du rapport n° 11, *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (le Kirby Committee Report) (1979), de la Commission de réforme du droit de l'Australie, ont critiqué le concept de «représentant officiel» pour le motif qu'[TRADUCTION] «un représentant élu de rang moins élevé ou un fonctionnaire [seraient] dans une position plus vulnérable que l'homme d'affaires en vue» (p. 252). Le *Report of the Committee on Defamation du Royaume-Uni* (le Faulks Committee Report) (1975), conclut que la règle [TRADUCTION] «priverait souvent les victimes de la diffamation d'une réparation juste» (p. 169). Enfin, le *Report on the Civil Law of Defamation* (le Keane Final Report) (1991), de la Commission

able, statements of fact contribute meaningfully to public debate only if they are true" (p. 82).

(e) *Conclusion: Should the Law of Defamation be Modified by Incorporating the Sullivan Principle?*

The *New York Times v. Sullivan* decision has been criticized by judges and academic writers in the United States and elsewhere. It has not been followed in the United Kingdom or Australia. I can see no reason for adopting it in Canada in an action between private litigants. The law of defamation is essentially aimed at the prohibition of the publication of injurious false statements. It is the means by which the individual may protect his or her reputation which may well be the most distinguishing feature of his or her character, personality and, perhaps, identity. I simply cannot see that the law of defamation is unduly restrictive or inhibiting. Surely it is not requiring too much of individuals that they ascertain the truth of the allegations they publish. The law of defamation provides for the defences of fair comment and of qualified privilege in appropriate cases. Those who publish statements should assume a reasonable level of responsibility.

The Canadian Daily Newspaper Association indicated, in its response to *A Consultation Draft of the General Limitations Act* (September 1991) at p. 3, that the law of libel is a "carefully-crafted regime" which has "functioned fairly for the media and for complainants for many years". Freedom of speech, like any other freedom, is subject to the law and must be balanced against the essential need of the individuals to protect their reputation. The words of Diplock J. in *Silkin v. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743, at pp. 745-46, are worth repeating:

de réforme du droit de l'Irlande, a déclaré que [TRADUCTION] «s'il est souhaitable que les représentants officiels et les personnalités publiques fassent l'objet d'une critique qui soit la plus vaste possible, les déclarations de fait ne contribuent de façon significative au débat public que si elles sont véridiques» (p. 82).

e) *Conclusion: Devrait-on modifier le droit de la diffamation en y introduisant le principe énoncé dans Sullivan?*

L'arrêt *New York Times c. Sullivan* a été critiqué par les juges et les auteurs aux États-Unis et ailleurs. Il n'a pas été suivi au Royaume-Uni, ni en Australie, et je ne vois aucune raison de l'adopter au Canada dans une action opposant des plaideurs privés. Le droit de la diffamation vise essentiellement à interdire la publication de propos faux et injurieux. C'est le moyen grâce auquel la personne peut protéger sa réputation, qui pourrait très bien constituer l'attribut le plus déterminant de sa moralité, de sa personnalité et peut-être même de son identité. Je ne pense tout simplement pas que le droit de la diffamation soit indûment restrictif ou inhibitif. De toute évidence, ce n'est pas trop exiger des individus qu'ils vérifient la vérité des allégations qu'ils publient. Le droit de la diffamation permet la défense du commentaire loyal et de l'immunité relative dans les cas appropriés. Ceux qui publient des déclarations devraient assumer un niveau raisonnable de responsabilité.

L'Association canadienne des éditeurs de quotidiens a indiqué, dans sa réponse à un document intitulé *A Consultation Draft of the General Limitations Act* (septembre 1991) à la p. 3, que le droit du libelle est [TRADUCTION] «un régime soigneusement élaboré [qui] a fonctionné équitablement tant pour les médias que pour les plaignants pendant de nombreuses années». La liberté de parole, comme toute autre liberté, est assujettie à la loi et doit être mesurée en regard de la nécessité essentielle pour les individus de protéger leur réputation. Les termes du juge Diplock dans *Silkin c. Beaverbrook Newspapers Ltd.*, [1958] 1 W.L.R. 743, aux pp. 745 et 746, méritent d'être répétés:

137

138

Freedom of speech, like the other fundamental freedoms, is freedom under the law, and over the years the law has maintained a balance between, on the one hand, the right of the individual . . . whether he is in public life or not, to his unsullied reputation if he deserves it, and on the other hand . . . the right of the public . . . to express their views honestly and fearlessly on matters of public interest, even though that involves strong criticism of the conduct of public people.

[TRADUCTION] Comme toute autre liberté fondamentale, la liberté de parole s'exerce en vertu du droit; au fil des ans, le droit a maintenu un équilibre entre, d'une part, le droit de la personne [. . .], qu'elle mène une vie publique ou non, à une réputation intacte, si elle le mérite et, d'autre part, [. . .] le droit du public [. . .] d'exprimer ses opinions honnêtement et sans crainte sur des questions d'intérêt public, même si cela implique une critique sévère du comportement des personnalités publiques.

139 None of the factors which prompted the United States Supreme Court to rewrite the law of defamation in America are present in the case at bar. First, this appeal does not involve the media or political commentary about government policies. Thus the issues considered by the High Court of Australia in *Theophanous*, *supra*, are also not raised in this case and need not be considered.

Aucun des facteurs qui ont amené la Cour suprême des États-Unis à reformuler le droit de la diffamation aux États-Unis ne se présentent en l'espèce. D'une part, le pourvoi ne porte ni sur les médias, ni sur un commentaire politique des décisions du gouvernement. Les questions examinées par la Haute Cour de l'Australie dans *Theophanous*, précité, n'ont donc pas été soulevées en l'espèce, et n'ont pas à être considérées.

140 Second, a review of jury verdicts in Canada reveals that there is no danger of numerous large awards threatening the viability of media organizations. Finally, in Canada there is no broad privilege accorded to the public statements of government officials which needs to be counterbalanced by a similar right for private individuals.

D'autre part, un examen des verdicts de jury au Canada révèle que la viabilité des organisations médiatiques n'est pas menacée par un risque de dommages-intérêts élevés et fréquents. Enfin, au Canada, on n'accorde aux déclarations publiques des représentants du gouvernement aucune immunité générale qui demande à être contrebalancée par un droit de même nature pour les particuliers.

141 In conclusion, in its application to the parties in this action, the common law of defamation complies with the underlying values of the *Charter* and there is no need to amend or alter it.

En conclusion, dans son application aux parties en l'espèce, la common law de la diffamation respecte les valeurs de la *Charte* et il n'est pas besoin de la modifier.

142 Consideration must now be given to the submission made on behalf of Morris Manning that the defence of qualified privilege should be expanded to include reports upon pleadings and court documents that have been filed or are at the point of being filed.

Il y a maintenant lieu de considérer l'argument avancé pour le compte de Morris Manning, selon lequel il y a lieu d'étendre la défense d'immunité relative aux comptes rendus concernant les actes de procédure et les documents judiciaires qui sont déposés ou sur le point de l'être.

(f) *Should the Common Law Defence of Qualified Privilege be Expanded to Comply with Charter Values?*

f) *Faut-il élargir la défense d'immunité relative en common law pour la rendre conforme aux valeurs de la Charte?*

143 Qualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself. As Lord Atkinson explained in *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), at p. 334:

L'immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication, et non à la communication elle-même. Comme l'explique lord Atkinson dans *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309 (C.L.), à la p. 334:

... a privileged occasion is ... 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 so made has a corresponding interest or duty to receive it. This reciprocity is essential.

This passage was quoted with approval in *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311, at p. 321.

The legal effect of the defence of qualified privilege is to rebut the inference, which normally arises from the publication of defamatory words, that they were spoken with malice. Where the occasion is shown to be privileged, the *bona fides* of the defendant is presumed and the defendant is free to publish, with impunity, remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff. However, the privilege is not absolute and can be defeated if the dominant motive for publishing the statement is actual or express malice. See *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), at p. 149.

Malice is commonly understood, in the popular sense, as spite or ill-will. However, it also includes, as Dickson J. (as he then was) pointed out in dissent in *Cherneskey*, *supra*, at p. 1099, "any indirect motive or ulterior purpose" that conflicts with the sense of duty or the mutual interest which the occasion created. See, also, *Taylor v. Despard*, [1956] O.R. 963 (C.A.). Malice may also be established by showing that the defendant spoke dishonestly, or in knowing or reckless disregard for the truth. See *McLoughlin*, *supra*, at pp. 323-24, and *Netupsky v. Craig*, [1973] S.C.R. 55, at pp. 61-62.

Qualified privilege may also be defeated when the limits of the duty or interest have been exceeded. See *The Law of Defamation in Canada*, *supra*, at pp. 13-193 and 13-194; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20th ed. 1992), at pp. 166-67. As Loreburn E. stated at pp. 320-21 in *Adam v. Ward*, *supra*:

[TRANSDUCTION] ... il y a une immunité relative [...] dans 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. La réciprocité est essentielle.

Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, à la p. 321.

La défense d'immunité relative a pour effet en droit de réfuter l'inférence, qui normalement découle de la publication de propos diffamatoires, que ceux-ci étaient motivés par la malveillance. Lorsque l'on établit qu'il y a une immunité, la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier en toute impunité des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexacts. Toutefois, l'immunité n'est pas absolue et peut être levée si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse. Voir *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135 (C.L.), à la p. 149.

Ordinairement, la malveillance s'entend dans le sens populaire de la rancune ou de l'animosité. Toutefois, elle comprend également, comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a souligné en dissidence dans *Cherneskey*, précité, à la p. 1099, «tout motif indirect ou caché» qui entre en conflit avec le sens du devoir ou l'intérêt mutuel que l'occasion a créé. Voir également *Taylor c. Despard*, [1956] O.R. 963 (C.A.). On établira également l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur a parlé avec malhonnêteté, ou au mépris délibéré ou indifférent de la vérité. Voir *McLoughlin*, précité, aux pp. 323 et 324, et *Netupsky c. Craig*, [1973] R.C.S. 55, aux pp. 61 et 62.

L'immunité relative peut également cesser d'exister lorsqu'on a passé outre aux limites du devoir ou de l'intérêt. Voir *The Law of Defamation in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 13-193 et 13-194; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 166 et 167. Comme l'a dit le comte Loreburn aux pp. 320 et 321 dans *Adam c. Ward*, précité:

144

145

146

... the fact that an occasion is privileged does not necessarily protect all that is said or written on that occasion. Anything that is not relevant and pertinent to the discharge of the duty or the exercise of the right or the safeguarding of the interest which creates the privilege will not be protected.

[TRADUCTION] ... l'immunité résultant d'une situation ne couvre pas nécessairement tout ce qui est dit ou écrit à cette occasion. Ce qui n'a rien à voir avec l'exécution du devoir, avec l'exercice du droit ou avec la sauvegarde de l'intérêt qui crée l'immunité ne sera pas protégé.

147

In other words, the information communicated must be reasonably appropriate in the context of the circumstances existing on the occasion when that information was given. For example, in *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275, the defendant, during an election campaign, stated that the plaintiff, who was the officer of an investment company, had charged a farmer and his wife an exorbitant rate of interest causing them to lose their property. The plaintiff maintained that the allegation was without foundation. In response, the defendant asserted that the plaintiff was facing a charge of fraud which had been adjourned until after the election. This Court held that the defendant had an interest in responding to the plaintiff's denial, thereby giving rise to an occasion of qualified privilege. However, it ruled that the occasion was exceeded because the defendant's comments went beyond what was "germane and reasonably appropriate" (p. 286).

En d'autres mots, l'information communiquée doit être raisonnablement appropriée dans les circonstances qui prévalaient lorsque l'information a été transmise. Par exemple, dans l'affaire *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275, le défendeur a dit, au cours d'une campagne électorale, que le demandeur, dirigeant d'une société d'investissement, avait exigé d'un fermier et de son épouse un taux d'intérêt exorbitant qui leur avait fait perdre leur propriété. Le demandeur a soutenu que l'allégation n'était pas fondée. Le défendeur a répondu que le demandeur faisait face à une accusation de fraude qui avait été ajournée après l'élection. Notre Cour a conclu que le défendeur avait un intérêt à répondre à la dénégation du demandeur, ce qui donnait naissance à une situation d'immunité relative. Elle a cependant statué que le défendeur avait abusé de la situation parce que ses commentaires allaient au-delà de ce qui était [TRADUCTION] «pertinent et raisonnablement approprié» (p. 286).

148

In *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302, the district manager of the defendant insurance company threatened to resign and take the district agents with him. This Court held that it fell within the scope of the privilege for the company to make certain defamatory comments about the plaintiff in order to dissuade its agents from leaving.

Dans *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302, le directeur de district de la compagnie d'assurances défenderesse a menacé de démissionner et d'emmener les agents de district avec lui. Notre Cour a conclu que certains commentaires diffamatoires faits par la compagnie au sujet du demandeur, pour dissuader ses agents de partir, étaient couverts par l'immunité.

149

The principal question to be answered in this appeal is whether the recitation of the contents of the notice of motion by Morris Manning took place on an occasion of qualified privilege. If so, it remains to be determined whether or not that privilege was exceeded and thereby defeated.

La question principale à laquelle il faut répondre dans le présent pourvoi est de savoir si la lecture du contenu de l'avis de requête par Morris Manning jouissait de l'immunité relative. Dans l'affirmative, il reste à déterminer si on a abusé de l'immunité et si elle a donc cessé d'être.

150

The traditional common law rule with respect to reports on documents relating to judicial proceedings is set out in *Gatley on Libel and Slander* (8th ed. 1981), at p. 252, in these words:

La règle de common law traditionnelle relative à la description de documents liés à une procédure judiciaire est énoncée dans les termes suivants dans *Gatley on Libel and Slander* (8<sup>e</sup> éd. 1981), à la p. 252:

The rule of law is that, where there are judicial proceedings before a properly constituted judicial tribunal exercising its jurisdiction in open court, then the publication without malice of a fair and accurate report of what takes place before that tribunal is privileged.

See, also, *The Law of Defamation in Canada*, *supra*, at pp. 14-35, 14-42; *Carter-Ruck on Libel and Slander*, *supra*, at pp. 140-41.

The rationale behind this rule is that the public has a right to be informed about all aspects of proceedings to which it has the right of access. This is why a news report referring to the contents of any document filed as an exhibit, or admitted as evidence during the course of the proceedings, is privileged. However, the common law immunity was not extended to a report on pleadings or other documents which had not been filed with the court or referred to in open court. Duff C.J. explained the reasoning for this in *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339, at p. 360:

The publicity of proceedings involving the conduct of a judicial authority serves the important purposes of impressing those concerned in the administration of justice with a sense of public responsibility, and of affording every member of the community an opportunity of observing for himself the mode in which the business of the public tribunals is carried on; but no such object would appear to be generally served by applying the privilege to the publication of preliminary statements of claims and defence relating only to private transactions; formulated by the parties themselves; in respect of which no judicial action has been taken, and upon which judicial action may never be invoked. It is only when such preliminary statements or the claims or defences embodied in them form the basis or the subject of some hearing before, or some action by, a court or a judicial officer, that their contents can become the object of any real public concern as touching the public administration of justice.

In *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1338-40, I noted that the public scrutiny of our courts by the press was fundamentally important in our democratic society and that s. 2(b) protected not only speakers, but listeners as well. This right to report on court proceedings extended to pleadings and

[TRADUCTION] Suivant la règle de droit, lorsque des procédures judiciaires sont instituées devant un tribunal légitimement constitué, qui exerce sa compétence en séance publique, la publication sans malveillance d'un compte rendu juste et exact de ce qui se passe devant ce tribunal jouit de l'immunité.

Voir également *The Law of Defamation in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 14-35, 14-42; *Carter-Ruck on Libel and Slander*, *op. cit.*, aux pp. 140 et 141.

Cette règle repose sur le droit du public d'être informé de tous les aspects d'une instance à laquelle il a droit d'accès. C'est la raison pour laquelle tout reportage concernant le contenu d'un document versé au dossier ou admis en preuve dans le cadre de la procédure est protégé. L'immunité de common law n'a cependant pas été étendue aux comptes rendus concernant des actes de procédure ou autres documents qui n'ont pas été déposés auprès du tribunal, ni mentionnés en audience publique. Le juge en chef Duff a expliqué la raison de cette règle dans *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339, à la p. 360:

[TRADUCTION] La publicité de procédures mettant en cause la conduite d'une autorité judiciaire sert deux objectifs importants: donner à ceux qui travaillent à l'administration de la justice un sens de responsabilité envers le public et offrir à chaque membre de la collectivité l'occasion d'observer par lui-même le fonctionnement des tribunaux publics; toutefois, de façon générale, on ne paraît pas servir ces objectifs en revêtant de l'immunité la publication des exposés préliminaires des réclamations et des défenses visant un litige privé, formulés par les parties elles-mêmes, relativement auxquels aucune action judiciaire n'a été instituée, et sur le fondement desquels aucune action judiciaire ne sera peut-être jamais invoquée. Ce n'est que lorsque les exposés préliminaires des réclamations ou les défenses qui y sont énoncées sont le fondement ou l'objet d'une audience devant un tribunal ou un officier de justice, ou d'une action de leur part, que leur contenu peut réellement concerner le public en ce qu'ils touche à l'administration publique de la justice.

Dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, aux pp. 1338 à 1340, j'ai souligné que l'examen public de nos tribunaux par la presse était fondamentalement important dans notre société démocratique et que l'al. 2b) protégeait autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute. Ce droit de rendre compte des

court documents filed before trial, since access to these documents served the same societal needs as reporting on trials. Even in private actions, such as those for wrongful dismissal or for personal damages, the public may well have an interest in knowing the kinds of submissions which can be put forward.

procédures judiciaires s'étendait aux actes de procédure et documents judiciaires déposés avant le procès puisque l'accès à ces documents servait, dans la société, la même exigence que les reportages sur les procès. Même dans les actions privées, comme les actions pour congédiement injustifié ou dommages-intérêts personnels, le public peut avoir quelque intérêt à connaître la nature des prétentions qui peuvent être avancées.

153

Both societal standards and the legislation have changed with regard to access to court documents. When the qualified privilege rule was set out in *Shallow*, *supra*, court documents were not open to the public. Today, the right of access is guaranteed by legislative provision, in this case s. 137(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. As well, s. 2(b) of the *Charter* may in some circumstances provide a basis for gaining access to some court documents. However, just as s. 137(1) provides for limitations on the right of access to court documents, so too is the s. 2(b) guarantee subject to reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. This Court's reasons in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, provide an illustration of the kind of restriction that has been upheld in relation to information flowing from court proceedings. In that case, the constitutionality of s. 442(3) of the *Criminal Code* was upheld. It imposed a publication ban on the identity of a complainant in sexual assault cases (or any information that might disclose her identity) upon the request of that complainant. There is no need to elaborate further on the scope of access, however, since it does not arise on the facts of this case. It is sufficient to observe that, in appropriate circumstances, s. 2(b) may provide the means to gain access to court documents. It follows that the concept of qualified privilege should be modified accordingly.

Les normes de la société et la loi ont changé dans le domaine de l'accès aux documents judiciaires. Lorsque la règle de l'immunité relative a été énoncée dans *Shallow*, précité, le public n'avait pas accès à ces documents. Aujourd'hui, le droit d'accès est garanti par une disposition législative, en l'espèce le par. 137(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. De même, on peut se fonder sur l'al. 2b) de la *Charte*, dans certaines circonstances, pour obtenir accès à certains documents judiciaires. Cependant, tout comme le par. 137(1) prévoit des limites au droit d'accès à des documents judiciaires, la garantie offerte par l'al. 2b) est assujettie à des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Les motifs, dans l'arrêt de notre Cour *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, donnent un exemple du genre de restriction qui a été confirmée relativement à l'information découlant de procédures judiciaires. Cet arrêt a confirmé la constitutionnalité du par. 442(3) du *Code criminel* qui imposait une interdiction de publication de l'identité de la plaignante dans les affaires d'agression sexuelle (ou de tout renseignement qui pourrait dévoiler son identité) sur demande de cette plaignante. Il n'est cependant pas nécessaire de s'étendre davantage sur la portée de l'accès, puisque les faits de l'espèce ne soulèvent pas cette question. Il suffit de faire observer que, dans des circonstances appropriées, l'al. 2b) peut fournir le moyen d'obtenir l'accès à des documents judiciaires. Il faut donc modifier le concept de l'immunité relative en conséquence.

154

The public interest in documents filed with the court is too important to be defeated by the kind of technicality which arose in this case. The record

L'intérêt du public dans les documents déposés en justice est trop important pour y opposer la considération de procédure soulevée en l'espèce. Le

demonstrates that, prior to holding the press conference, Morris Manning had every intention of initiating the contempt action in accordance with the prevailing rules, and had given instructions to this effect. In fact, the proper documents were served and filed the very next morning. The fact that, by some misadventure, the strict procedural requirement of filing the documents had not been fulfilled at the time of the press conference should not defeat the qualified privilege which attached to this occasion.

This said, it is my conclusion that Morris Manning's conduct far exceeded the legitimate purposes of the occasion. The circumstances of this case called for great restraint in the communication of information concerning the proceedings launched against Casey Hill. As an experienced lawyer, Manning ought to have taken steps to confirm the allegations that were being made. This is particularly true since he should have been aware of the Scientology investigation pertaining to access to the sealed documents. In those circumstances he was duty bound to wait until the investigation was completed before launching such a serious attack on Hill's professional integrity. Manning failed to take either of these reasonable steps. As a result of this failure, the permissible scope of his comments was limited and the qualified privilege which attached to his remarks was defeated.

The press conference was held on the steps of Osgoode Hall in the presence of representatives from several media organizations. This constituted the widest possible dissemination of grievous allegations of professional misconduct that were yet to be tested in a court of law. His comments were made in language that portrayed Hill in the worst possible light. This was neither necessary nor appropriate in the existing circumstances. While it is not necessary to characterize Manning's conduct as amounting to actual malice, it was certainly high-handed and careless. It exceeded any legitimate purpose the press conference may have served. His conduct, therefore, defeated the qualified privilege that attached to the occasion.

dossier révèle qu'avant de tenir la conférence de presse, Morris Manning avait la ferme intention d'introduire l'action pour outrage conformément aux règles qui existaient alors, et qu'il avait donné des instructions dans ce sens. En fait, les documents appropriés ont été signifiés et déposés dès le lendemain matin. Le fait que, par mégarde, l'exigence procédurale de déposer les documents n'ait pas été strictement respectée au moment de la conférence de presse ne devrait pas écarter l'immunité relative qui s'appliquait à cette situation.

Ceci étant dit, je conclus que le comportement de Morris Manning a dépassé de beaucoup les objectifs légitimes de la situation. Les circonstances de l'affaire exigeaient une grande retenue dans la communication de l'information concernant les procédures lancées contre Casey Hill. Manning, en avocat expérimenté, aurait dû prendre des mesures pour confirmer les allégations qu'il allait faire. Ceci est d'autant plus vrai qu'il devait savoir que Scientology menait une enquête relativement à l'accès aux documents scellés. Dans ces circonstances, il avait le devoir d'attendre que cette investigation soit close avant de lancer contre l'intégrité professionnelle de Hill une attaque aussi grave. Manning n'a pris ni l'une ni l'autre de ces mesures raisonnables. Par suite de cette omission, la portée admissible de ses commentaires était limitée et l'immunité relative qui s'appliquait à ses remarques a cessé d'être.

La conférence de presse s'est déroulée sur les marches d'Osgoode Hall en présence de représentants de plusieurs médias. Cela constituait la publication la plus vaste possible d'allégations graves d'inconduite professionnelle non encore vérifiées devant une cour de justice. Ses commentaires décrivaient Hill sous l'éclairage le plus sombre. Cela était inutile et inconvenant dans les circonstances. Il n'est pas nécessaire de qualifier la conduite de Manning de véritable malveillance, mais elle était certainement abusive et imprudente et allait au-delà de tout objectif légitime que pouvait servir la conférence de presse. Sa conduite a donc éliminé l'immunité relative qui s'appliquait à la situation.

(B) *Damages*(1) The Standard of Appellate Review

The appellants do not contend that the trial judge made any substantive error in his careful directions to the jury. Thus, there is no question of misdirection of the jury or of its acting upon an improper basis or of any jury consideration given to wrongfully admitted or excluded evidence. The sole issue is whether the quantum of the jury's award can stand.

Jurors are drawn from the community and speak for their community. When properly instructed, they are uniquely qualified to assess the damages suffered by the plaintiff, who is also a member of their community. This is why, as Robins J.A. noted in *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104 (C.A.), at p. 110, it is often said that the assessment of damages is "peculiarly the province of the jury". Therefore, an appellate court is not entitled to substitute its own judgment as to the proper award for that of the jury merely because it would have arrived at a different figure.

The basis upon which an appellate court can act was very clearly enunciated by Robins J.A. in *Walker, supra*. He stated at p. 110 that the court should consider:

... whether the verdict is so inordinately large as obviously to exceed the maximum limit of a reasonable range within which the jury may properly operate or, put another way, whether the verdict is so exorbitant or so grossly out of proportion to the libel as to shock the court's conscience and sense of justice.

The history of this action emphasizes the reasonableness of the jury's verdict. It was the appellants who had always insisted upon the jury assessing damages for the libel. When the jury had retired to consider their verdict, they returned after four hours with the sagacious question: "what if any are realistic maximums that have been assessed by society in recent history?". The trial judge prudently sought the advice of counsel on

(B) *Les dommages-intérêts*(1) La norme de contrôle en appel

Les appelants ne font pas valoir que le juge du procès a commis une erreur fondamentale dans les directives soignées qu'il a données au jury. Aussi, n'est-il pas question de directives erronées, ni d'un jury agissant sur un fondement incorrect, ni d'une considération accordée par le jury à des éléments de preuve admis ou écartés erronément. La seule question est de savoir si le montant accordé par le jury peut être maintenu.

Les jurés sont issus de la communauté et s'expriment au nom de celle-ci. Pourvus de directives appropriées, ils sont les seuls qualifiés pour évaluer le tort causé au demandeur, lui aussi membre de la communauté. C'est la raison pour laquelle, comme le juge Robins l'a signalé dans *Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104 (C.A.), à la p. 110, on dit fréquemment que l'évaluation des dommages relève [TRADUCTION] «particulièrement de la compétence du jury». Par conséquent, le tribunal d'appel ne peut substituer sa propre opinion à celle du jury quant au montant approprié uniquement parce qu'il en serait arrivé à un montant différent.

Le fondement sur lequel le tribunal d'appel peut intervenir a été très clairement énoncé par le juge Robins dans l'arrêt *Walker*, précité, à la p. 110, où il dit que le tribunal doit se demander:

[TRADUCTION] ... si le verdict est si extraordinairement élevé qu'il excède de toute évidence la limite maximale d'une échelle raisonnable à l'intérieur de laquelle le jury peut légitimement agir, ou en d'autres termes, si le verdict est si exorbitant ou si manifestement exagéré par rapport au libelle qu'il choque la conscience de la cour et le sentiment de justice.

L'historique de l'action fait ressortir le caractère raisonnable du verdict du jury. Ce sont les appelants qui ont toujours insisté pour que le jury évalue les dommages-intérêts pour le libelle. Le jury s'est retiré pour délibérer, puis est revenu après quatre heures pour poser une question judicieuse: [TRADUCTION] «quels sont, le cas échéant, les montants réalistes les plus élevés qui ont été accordés par la société dans l'histoire récente?». Le juge du

the question. Counsel for the appellants agreed with the trial judge that no guidance could be given to the jury as to the quantum of damages. The jury was so advised. They deliberated for another five hours and returned the verdict which is the subject matter of this appeal.

There can be no doubt that the decision of the trial judge on this issue, which was concurred in by counsel for the appellants, was correct. In Ontario, there is no statutory provision for giving guidelines to a jury on this issue. It is significant that in 1989, when the *Courts of Justice Act* was amended (S.O. 1989, c. 67, s. 4) to permit trial judges and counsel to give guidance to juries concerning damage awards in personal injury actions, no provision was made in the Act pertaining to libel actions or any other type of tort action. It would appear, then, that the legislators specifically left the assessment of damages in libel actions to the jury.

The appellants relied upon the case of *Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, [1993] 4 All E.R. 975 (C.A.), to support their position that an appellate court should reduce this award. In that case, however, the English Court of Appeal was acting pursuant to newly enacted legislation. This legislation, passed in 1990, specifically provided that, in cases where the court had the authority to order a new trial on the ground that the damages awarded by a jury were excessive or inadequate, it could, instead of ordering a new trial, substitute a sum for damages which it considered to be proper. This statutory provision led the court in *Rantzen* to modify its approach to the review of a jury's assessment of damages. Therefore, this case is of little use.

If guidelines are to be provided to juries, then clearly this is a matter for legislation. In its absence, the standard which must be applied remains that the jury's assessment should not be

procès a sagement demandé l'avis des avocats sur la question. L'avocat des appelants a convenu avec le juge du procès qu'aucune directive ne pouvait être donnée au jury quant au montant des dommages-intérêts. Le jury en a été avisé. Il a délibéré pendant encore cinq heures, puis a prononcé le verdict qui fait l'objet du présent pourvoi.

Il est certain que la décision du juge du procès sur cette question, à laquelle a souscrit l'avocat des appelants, était correcte. En Ontario, aucune disposition législative ne prévoit que le jury doit recevoir des directives sur la question. Il est intéressant de noter qu'en 1989, lorsque la *Loi sur les tribunaux judiciaires* a été modifiée (L.O. 1989, ch. 67, art. 4) pour permettre aux juges de première instance et aux avocats de conseiller le jury relativement au montant des dommages-intérêts dans les actions pour blessures corporelles, on n'a prévu dans la Loi aucune disposition se rapportant aux actions en libelle ou à toute autre forme d'action en responsabilité délictuelle. Il semble donc que le législateur ait expressément laissé au jury la tâche d'évaluer les dommages-intérêts dans les actions en libelle.

Les appelants ont invoqué l'arrêt *Rantzen c. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, [1993] 4 All E.R. 975 (C.A.), pour soutenir qu'un tribunal d'appel devrait réduire ce montant. Dans cette affaire, toutefois, la cour d'appel de l'Angleterre agissait conformément à une loi adoptée peu de temps auparavant. Adoptée en 1990, cette loi prévoyait expressément que, lorsque la cour a le pouvoir d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les dommages-intérêts accordés par le jury sont excessifs ou insuffisants, elle peut, au lieu d'ordonner un nouveau procès, substituer à la somme fixée par le jury les dommages-intérêts qu'elle estime justes. Cette disposition a incité la cour dans l'arrêt *Rantzen* à modifier sa position quant au contrôle de l'évaluation des dommages-intérêts par le jury. Par conséquent, cette affaire n'est guère utile.

Si des directives doivent être données au jury, c'est manifestement à la législation de le faire. À défaut, la règle demeure: l'évaluation par le jury ne sera modifiée que si elle choque la conscience de

161

162

163

varied unless it shocks the conscience of the court. With this in mind, let us first consider the jury's assessment of damages.

## (2) General Damages

164

It has long been held that general damages in defamation cases are presumed from the very publication of the false statement and are awarded at large. See *Ley v. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384 (H.L.), at p. 386. They are, as stated, peculiarly within the province of the jury. These are sound principles that should be followed.

165

The consequences which flow from the publication of an injurious false statement are invidious. The television report of the news conference on the steps of Osgoode Hall must have had a lasting and significant effect on all who saw it. They witnessed a prominent lawyer accusing another lawyer of criminal contempt in a setting synonymous with legal affairs and the courts of the province. It will be extremely difficult to correct the impression left with viewers that Casey Hill must have been guilty of unethical and illegal conduct.

166

The written words emanating from the news conference must have had an equally devastating impact. All who read the news reports would be left with a lasting impression that Casey Hill has been guilty of misconduct. It would be hard to imagine a more difficult situation for the defamed person to overcome. Every time that person goes to the convenience store, or shopping centre, he will imagine that the people around him still retain the erroneous impression that the false statement is correct. A defamatory statement can seep into the crevasses of the subconscious and lurk there ever ready to spring forth and spread its cancerous evil. The unfortunate impression left by a libel may last a lifetime. Seldom does the defamed person have the opportunity of replying and correcting the record in a manner that will truly remedy the situation. It is members of the community in which the defamed person lives who will be best able to assess the damages. The jury as representative of that community should be free to make an assessment of damages which will provide the plaintiff

la cour. Tout en gardant cet élément à l'esprit, voyons d'abord l'évaluation des dommages-intérêts par le jury.

## (2) Les dommages-intérêts généraux

Il est établi depuis longtemps que, dans les affaires de diffamation, la publication même d'une fausse déclaration crée la présomption qu'il y a lieu normalement à dommages-intérêts généraux. Voir *Ley c. Hamilton* (1935), 153 L.T. 384 (C.L.), à la p. 386. Cela relève particulièrement, je le répète, de la compétence du jury. Il s'agit là de principes sages que l'on doit respecter.

Les conséquences de la publication de déclarations fausses et injurieuses sont pernicieuses. Le reportage télévisé de la conférence de presse devant Osgoode Hall a dû marquer les téléspectateurs de façon durable et significative. Ils ont pu voir un avocat en vue d'accuser un confrère d'outrage au criminel, dans un cadre qui évoque le droit et la justice. Il sera extrêmement difficile de corriger l'impression laissée chez les téléspectateurs que Casey Hill devait être coupable de conduite déloyale et illégale.

Les écrits émanant de la conférence de presse ont dû avoir un impact aussi dévastateur. Tous les lecteurs des articles seraient alors marqués par l'impression persistante que Casey Hill avait agi incorrectement. Il serait difficile d'imaginer une situation plus difficile à surmonter pour la victime de diffamation. Chaque fois qu'elle se rend à un magasin, elle s' imagine que les gens autour d'elle ont gardé la fausse impression que les propos mensongers étaient exacts. Une déclaration diffamatoire peut s'infiltrer dans les crevasses du subconscient et y demeurer, toujours prête à surgir et à répandre son mal cancéreux. L'impression malencontreuse laissée par un libelle peut subsister indéfiniment. Il est rare que la victime de diffamation puisse répondre et dissiper le doute d'une manière qui remédie véritablement à la situation. Ce sont les membres de la communauté dans laquelle vit la victime qui sont les mieux à même d'évaluer le préjudice. Le jury, en tant que représentant de cette communauté, doit être libre d'effectuer une évaluation des dommages-intérêts que le demandeur est

with a sum of money that clearly demonstrates to the community the vindication of the plaintiff's reputation.

(a) *Should a Cap be Imposed on Damages in Defamation Cases?*

The appellants contend that there should be a cap placed on general damages in defamation cases just as was done in the personal injury context. In the so-called "trilogy" of *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, and *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, it was held that a plaintiff claiming non-pecuniary damages for personal injuries should not recover more than \$100,000.

In my view, there should not be a cap placed on damages for defamation. First, the injury suffered by a plaintiff as a result of injurious false statements is entirely different from the non-pecuniary damages suffered by a plaintiff in a personal injury case. In the latter case, the plaintiff is compensated for every aspect of the injury suffered: past loss of income and estimated future loss of income, past medical care and estimated cost of future medical care, as well as non-pecuniary damages. Second, at the time the cap was placed on non-pecuniary damages, their assessment had become a very real problem for the courts and for society as a whole. The damages awarded were varying tremendously not only between the provinces but also between different districts of a province. Perhaps as a result of motor vehicle accidents, the problem arose in the courts every day of every week. The size and disparity of assessments was affecting insurance rates and, thus, the cost of operating motor vehicles and, indeed, businesses of all kinds throughout the land. In those circumstances, for that one aspect of recovery, it was appropriate to set a cap.

fondé à recevoir et qui démontrent clairement à la communauté que sa réputation a été restaurée.

a) *Faut-il fixer un plafond aux dommages-intérêts dans les affaires de diffamation?*

Les appelants soutiennent que l'on devrait imposer un plafond aux dommages-intérêts généraux accordés dans les affaires de diffamation, tout comme on l'a fait dans le contexte des blessures corporelles. Ce que l'on appelle la «trilogie» de *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, et *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, a établi que le demandeur de dommages-intérêts non pécuniaires pour blessures corporelles ne devrait pouvoir obtenir plus de 100 000 \$.

À mon avis, on ne devrait imposer aucun maximum aux dommages-intérêts accordés en matière de diffamation. Premièrement, le tort subi par un demandeur du fait de déclarations fausses et injurieuses est complètement différent des dommages non pécuniaires subis par le demandeur dans une affaire de blessures corporelles. Dans ce dernier cas, le demandeur reçoit une compensation pour chaque aspect de la blessure subie: la perte de revenu passée et future, le coût des soins médicaux passés et futurs, de même que des dommages-intérêts non pécuniaires. Deuxièmement, à l'époque où le plafond a été fixé à l'égard des dommages-intérêts non pécuniaires, leur évaluation était devenu un problème aigu pour les tribunaux et la société en général. Les dommages-intérêts accordés variaient considérablement non seulement d'une province à l'autre, mais également d'un district à l'autre d'une même province. Peut-être était-ce en raison des accidents automobiles, mais le problème se présentait quotidiennement devant les tribunaux. L'ampleur et la disparité des évaluations avaient un impact sur les primes d'assurance et, par le fait même, sur le coût d'opération des véhicules à moteur et, en fait, sur des entreprises de toutes sortes partout au pays. Dans ces circonstances, pour ce seul aspect du recouvrement, il convenait de fixer un plafond.

167

168

169

A very different situation is presented with respect to libel actions. In these cases, special damages for pecuniary loss are rarely claimed and often exceedingly difficult to prove. Rather, the whole basis for recovery for loss of reputation usually lies in the general damages award. Further, a review of the damage awards over the past nine years reveals no pressing social concern similar to that which confronted the courts at the time the trilogy was decided. From 1987 to 1991, there were only 27 reported libel judgments in Canada, with an average award of \$30,000. Subsequent to the decision in this case, from 1992 to 1995, there have been 24 reported libel judgments, with an average award of less than \$20,000. This later figure does not include the award in *Jill Fishing Ltd. v. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (S.C.), which involved the assessment of damages for a number of different causes of action. Therefore, there is no indication that a cap is required in libel cases.

170

There is a great difference in the nature of the tort of defamation and that of negligence. Defamation is the intentional publication of an injurious false statement. While it is true that an actual intention to defame is not necessary to impose liability on a defendant, the intention to do so is nevertheless inferred from the publication of the defamatory statement. This gives rise to the presumption of malice which may be displaced by the existence of a qualified privilege. Personal injury, on the other hand, results from negligence which does not usually arise from any desire to injure the plaintiff. Thus, if it were known in advance what amount the defamer would be required to pay in damages (as in the personal injury context), a defendant might look upon that sum as the maximum cost of a licence to defame. A cap would operate in a manner that would change the whole character and function of the law of defamation. It would amount to a radical change in policy and direction for the courts.

Les actions en libelle présentent une situation très différente. Dans ces affaires, on réclame rarement des dommages-intérêts spéciaux pour perte pécuniaire, lesquels sont souvent extrêmement difficiles à établir. Normalement, le seul fondement de la réparation pour atteinte à la réputation se trouve dans les dommages-intérêts généraux. En outre, un examen des dommages-intérêts accordés au cours des neuf dernières années ne révèle aucune préoccupation sociale urgente semblable à celle avec laquelle les tribunaux étaient aux prises à l'époque de la trilogie. De 1987 à 1991, on n'a rapporté que 27 décisions en matière de libelle au Canada, la moyenne des montants accordés se situant à 30 000 \$. Après la décision en l'espèce, de 1992 à 1995, on a rapporté 24 décisions en matière de libelle, la moyenne des montants accordés s'élevant à 20 000 \$. Ce dernier chiffre n'inclut pas le montant accordé dans *Jill Fishing Ltd. c. Koranda Management Inc.*, [1993] B.C.J. No. 1861 (C.S.), qui mettait en cause une évaluation des dommages-intérêts dans différentes causes d'action. Par conséquent, rien n'indique qu'un maximum soit requis dans les affaires de libelle.

Il existe une énorme différence dans la nature du préjudice causé par la diffamation et celui causé par la négligence. La diffamation est la publication intentionnelle d'une déclaration fausse et injurieuse. S'il est vrai que l'intention véritable de diffamer n'est pas nécessaire pour déclarer le défendeur responsable, la publication de la déclaration diffamatoire permet néanmoins de déduire l'existence de cette intention. Cela donne naissance à la présomption de malveillance que peut écarter l'existence d'une immunité relative. En revanche, les blessures corporelles résultent d'une négligence qui ne provient ordinairement pas du désir de blesser le demandeur. Par conséquent, si l'auteur de la diffamation connaissait à l'avance le montant des dommages-intérêts qu'il sera tenu de payer (comme dans le contexte des blessures corporelles), il pourrait considérer cette somme comme le prix maximal à payer pour être autorisé à diffamer. Un plafond aurait pour effet de modifier la nature et la fonction entières du droit de la diffamation. Il entraînerait un changement radical dans la politique et la direction des tribunaux.

The courts in England have unequivocally rejected the comparison of libel and personal injury cases. See, for example, *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801 (H.L.), at p. 824; *Blackshaw v. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311 (C.A.), at pp. 337, 340; *Sutcliffe v. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269 (C.A.), at pp. 281-82, 289; and *Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, *supra*.

It is true that in Australia a majority of the High Court held in *Carson v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577, that some useful reference could be made to personal injury cases in assessing general damages. However, the 4-3 division in the court shows the serious concern which this issue engendered. McHugh J., a member of the minority, wrote (at p. 629):

Awards in personal injury cases and defamation actions serve different purposes, have different elements and different histories. They are not comparable. I think that it is a mistake to believe that the pain and suffering component of a personal injury award can be isolated from the other components of that award and then compared to an award of compensatory damages in a defamation action.

In any event, I would observe that, if the trilogy were to be applied, the value of the cap in 1991 would be approximately \$250,000. It follows that even if the appellants' contention on this issue was accepted, the general damages of \$300,000 assessed by the jury would come very close to the range said to be reasonable by the appellants.

#### (b) *Joint Liability for General Damages*

Manning complains that the judge erred in refusing to accept his request that the verdict in general damages be rendered separately. He argues that his liability should be limited to the statement he made at the press conference and should not extend to the subsequent circulation of the notice of motion. The trial judge's error, he argues, con-

En Angleterre, les tribunaux ont sans aucune équivoque rejeté la comparaison entre les affaires de libelle et les affaires de blessures corporelles. Voir par exemple *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] 1 All E.R. 801 (C.L.), à la p. 824; *Blackshaw c. Lord*, [1983] 2 All E.R. 311 (C.A.), aux pp. 337, 340; *Sutcliffe c. Pressdram Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 269 (C.A.), aux pp. 281, 282 et 289, et *Rantzen c. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd.*, précité.

Il est vrai qu'en Australie, la Haute Cour à la majorité a conclu, dans *Carson c. John Fairfax & Sons Ltd.* (1993), 113 A.L.R. 577, que l'on pouvait utilement se référer aux affaires de blessures corporelles pour évaluer les dommages-intérêts généraux. Toutefois, la décision partagée du tribunal (4 contre 3) révèle le sérieux débat que cette question a engendré. Le juge McHugh, qui faisait partie de la minorité, a écrit à la p. 629:

[TRADUCTION] Les dommages-intérêts dans les actions pour blessures corporelles et les actions en diffamation ont des objectifs, des composantes et des origines différents. Ils ne sont pas comparables. Je pense que c'est une erreur de croire que l'élément de la douleur et la souffrance dans les cas de blessures personnelles peut être isolé des autres composantes des dommages-intérêts pour être comparé aux dommages-intérêts compensateurs accordés pour la diffamation.

Quoi qu'il en soit, je remarquerais que, si la trilogy devait être appliquée, le montant maximal en 1991 équivaldrait approximativement à 250 000 \$. Il s'ensuit donc que, même si la prétention des appelants sur cette question était retenue, les dommages-intérêts généraux que le jury a fixés à 300 000 \$ sont très près de la marge que les appelants considèrent raisonnable.

#### b) *La responsabilité solidaire à l'égard des dommages-intérêts généraux*

Manning prétend que le juge a commis une erreur en rejetant sa demande que le verdict concernant les dommages-intérêts généraux soit rendu séparément. Il fait valoir que sa responsabilité devrait être limitée à la déclaration qu'il a faite lors de la conférence de presse et ne devrait pas s'étendre à la publication subséquente de l'avis de

171

172

173

174

tributed to the very high award by the jury. This position cannot be accepted.

175 It must be remembered that at trial: a) it was the position of Manning's counsel that Manning and Scientology should be jointly and severally liable for general damages in respect of each of the defamatory statements published by them; b) Scientology admitted that it published each of the defamatory statements at issue in the action; c) Manning admitted that he published each of the defamatory statements with the exception of the notice of motion; and d) the jury specifically found that Manning published the notice of motion.

176 Thus, both Manning and Scientology published the notice of motion. It is a well-established principle that all persons who are involved in the commission of a joint tort are jointly and severally liable for the damages caused by that tort. If one person writes a libel, another repeats it, and a third approves what is written, they all have made the defamatory libel. Both the person who originally utters the defamatory statement, and the individual who expresses agreement with it, are liable for the injury. It would thus be inappropriate and wrong in law to have a jury attempt to apportion liability either for general or for special damages between the joint tortfeasors Manning and Scientology. See *Lawson v. Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362 (B.C.S.C.), at pp. 368-69; *Gatley on Libel and Slander* (8th ed.), *supra*, at p. 600. However, this comment does not apply to aggravated damages, which are assessed on the basis of the particular malice of each joint tortfeasor.

(c) *Application of Principles to the Facts Established in this Case*

177 It cannot be forgotten that at the time the libelous statement was made, Casey Hill was a young lawyer in the Crown Law office working in the litigation field. For all lawyers their reputation is of paramount importance. Clients depend on the integrity of lawyers, as do colleagues. Judges rely upon commitments and undertakings given to them by counsel. Our whole system of administra-

requête. L'erreur du juge du procès, soutient-il, a amené le jury à accorder un montant élevé. Cette prétention ne saurait être retenue.

Il faut se rappeler qu'au procès: a) l'avocat de Manning a fait valoir que son client et Scientology devaient être tenus solidairement responsables des dommages-intérêts généraux relativement à chacune des déclarations diffamatoires publiées par eux; b) Scientology a admis avoir publié chacune des déclarations diffamatoires en question dans l'action; c) Manning a admis avoir publié chacune des déclarations diffamatoires, à l'exception de l'avis de requête; et d) le jury a conclu expressément que Manning avait publié l'avis de requête.

Manning et Scientology ont donc tous deux publié l'avis de requête. Il est un principe bien établi que tous ceux qui participent à la perpétration d'un délit sont solidairement responsables pour le préjudice ainsi causé. L'auteur d'un libelle, celui qui le répète, et celui qui approuve l'écrit, se rendent tous trois coupables de libelle diffamatoire. La personne qui prononce pour la première fois la déclaration diffamatoire et celle qui exprime son accord sont toutes deux responsables du préjudice. Il serait donc injuste et erroné en droit de demander au jury de répartir la responsabilité quant aux dommages-intérêts généraux ou spéciaux entre les co-auteurs du délit, Manning et Scientology. Voir *Lawson c. Burns*, [1976] 6 W.W.R. 362 (C.S.C.-B.), aux pp. 368 et 369; *Gatley on Libel and Slander* (8<sup>e</sup> éd.), *op. cit.*, à la p. 600. Ce commentaire ne s'applique cependant pas aux dommages-intérêts majorés qui sont évalués en fonction de la malveillance particulière de chacun des co-auteurs du préjudice.

(c) *L'application des principes aux faits établis en l'espèce*

Il ne faut pas oublier qu'à l'époque où la déclaration diffamatoire a été faite, Casey Hill était un jeune avocat du Bureau des avocats de la Couronne, travaillant dans le domaine du contentieux. Pour tous les avocats, la réputation revêt une importance prépondérante. Les clients, tout comme les collègues, comptent sur l'intégrité des avocats. Et les juges se fient à leurs engagements et à leurs

tion of justice depends upon counsel's reputation for integrity. Anything that leads to the tarnishing of a professional reputation can be disastrous for a lawyer. It matters not that subsequent to the publication of the libel, Casey Hill received promotions, was elected a bencher and eventually appointed a trial judge in the General Division of the Court of Ontario. As a lawyer, Hill would have no way of knowing what members of the public, colleagues, other lawyers and judges may have been affected by the dramatic presentation of the allegation that he had been instrumental in breaching an order of the court and that he was guilty of criminal contempt.

This nagging doubt and sense of hurt must have affected him in every telephone call he made and received in the course of his daily work, in every letter that he sent and received and in every appearance that he made before the courts of the province of Ontario. He would never know who, as a result of the libellous statement, had some lingering suspicion that he was guilty of misconduct which was criminal in nature. He would never know who might have believed that he was a person without integrity who would act criminally in the performance of his duties as a Crown counsel. He could never be certain who would accept the allegation that he was guilty of a criminal breach of trust which was the essential thrust of the libel.

The publication of the libellous statement was very carefully orchestrated. Members of the press and the television media attended at Osgoode Hall in Toronto to meet two prominent lawyers, Morris Manning and Clayton Ruby. Osgoode Hall is the seat of the Court of Appeal and the permanent residence of the Law Society. The building is used as the background in a great many news reports dealing with important cases emanating from the Court of Appeal. In the minds of the public, it is associated with the law, with the courts and with the justice system. Manning went far beyond a simple explanation of the nature of the notice of motion. He took these very public steps without investigating in any way whether the allegations made were true.

promesses. Tout notre système d'administration de la justice repose sur la réputation d'intégrité des avocats. Tout ce qui a pour effet de ternir une réputation professionnelle peut être désastreux pour un avocat. Il importe peu qu'après la publication du libelle, Casey Hill ait reçu des promotions, ait été élu conseiller de la Société du barreau, puis nommé juge de première instance à la Division générale de la Cour de l'Ontario. À titre d'avocat, Hill n'avait aucun moyen de savoir qui du public, des collègues, des confrères et des juges avait été influencé par la présentation théâtrale de l'allégation suivant laquelle il avait contribué à violer l'ordonnance d'un tribunal et s'était rendu coupable d'outrage au criminel.

Ce doute persistant et cette blessure l'ont sûrement importuné lorsqu'il a fait ou reçu des appels téléphoniques dans le cadre de son travail quotidien, ou lorsqu'il a envoyé ou reçu des lettres et comparu devant les tribunaux de la province de l'Ontario. Il ne saurait jamais qui, en raison de la déclaration diffamatoire, le soupçonnait vaguement d'être coupable de conduite criminelle. Il ne saurait jamais qui pouvait avoir cru qu'il était dénué d'intégrité et agissait criminellement dans l'exécution de ses fonctions à titre de substitut du procureur général. Il ne saurait jamais avec certitude qui avait cru l'allégation qu'il était coupable d'abus de confiance criminel, l'essence même du libelle en l'espèce.

La publication de la déclaration diffamatoire a été très soigneusement orchestrée. Des membres de la presse écrite et télévisée se sont présentés à Osgoode Hall à Toronto pour rencontrer deux avocats éminents, Morris Manning et Clayton Ruby. Osgoode Hall abrite la Cour d'appel et la Société du barreau. L'immeuble sert d'arrière-plan à de nombreux reportages consacrés aux causes importantes portées en Cour d'appel. Dans l'esprit du public, ce lieu est associé au droit, aux tribunaux et au système de justice. Manning ne s'est pas contenté de simplement expliquer la nature de l'avis de requête. Il a pris des mesures très publiques sans avoir essayé de vérifier le bien-fondé de ses allégations.

180 At the time this press conference was called, Scientology members had been working with the sealed documents for some time and they had not yet discovered any of the sealed documents to have been opened. Yet, Scientology persisted in the publication of this libel against Hill, who was listed in their files as an "enemy".

181 Hill movingly described the effect the reading of the press reports of the press conference had upon him and of viewing the television broadcast. He put it in this way:

I was sick. I was shocked. I understood from reading it that it related to access to the documents. The type of thing that Mr. Ruby and I had been dealing with over many months, and I was just incredulous.

I was horrified when I saw it. I had had a long history of dealing with counsel for the Church of Scientology. Small problems, medium-sized problems and very serious problems had been raised between us.

Every effort was made to answer those issues as they came up. When I saw the newscast, I realized that there was really nothing I could do to stop the information from getting out. I thought it was false. I thought it was a very dramatic representation. A well-known lawyer as Mr. Manning was — and he was gowned.

And he was standing before the High Court. The indication that I had been involved in opening sealed documents and giving permission was totally false. For me, in seeing it, it was equivalent to saying I was a cheat and that I had obstructed the course of justice. It was an attack on my professional reputation and I had no way of stopping it.

I also have no way of knowing whether there are people in the community who would be in a position to place some reliance on the fact that regardless of the outcome of the criminal case, Manning, a prominent lawyer, and the Church of Scientology of Toronto, had still expressed a view on September 17th.

À l'époque où la conférence de presse a été convoquée, les membres de Scientologie vérifiaient depuis quelque temps les documents scellés, sans en avoir trouvé un seul qui ait été ouvert. Pourtant, Scientologie a persisté à publier son libelle contre Hill, qui était qualifié d'«ennemi» dans leur dossier.

Hill a décrit de façon émouvante ce qu'il avait ressenti lorsqu'il a lu les articles rédigés sur la conférence de presse et vu le reportage télévisé. Il a décrit ainsi sa réaction:

[TRADUCTION] Cela m'a rendu malade. J'étais en état de choc. Lorsque je l'ai lu, j'ai compris qu'il s'agissait de l'accès aux documents. Le genre de choses dont M. Ruby et moi avions traité pendant plusieurs mois, et je ne pouvais tout simplement pas le croire.

J'étais horrifié lorsque je l'ai vu. Je travaillais depuis longtemps avec les avocats de l'Église de scientologie. De nombreux problèmes, allant du plus insignifiant au plus sérieux, s'étaient posés entre nous.

Nous nous efforcions de résoudre ces problèmes dès qu'ils se présentaient. Lorsque j'ai vu le reportage, j'ai réalisé que je ne pouvais véritablement rien faire pour empêcher la diffusion des renseignements. Je pensais que c'était faux, qu'il s'agissait d'une représentation très dramatique. Un avocat bien connu comme M. Manning était — et il était vêtu de sa toge.

Et il se tenait devant la Haute Cour. L'allégation que j'avais participé à l'ouverture de documents scellés et donné l'autorisation est complètement fausse. J'ai eu l'impression, en voyant cela, qu'on me traitait de tricheur et que j'avais entravé le cours de la justice. C'était une attaque à ma réputation professionnelle et je n'avais aucun moyen d'y mettre fin.

Je n'avais également aucun moyen de savoir si des gens de la collectivité accorderaient une certaine importance au fait que, quelle que soit l'issue de l'affaire criminelle, Manning, un avocat en vue, et l'Église de scientologie de Toronto, avaient tout de même exprimé une opinion le 17 septembre.

The factors which should be taken into account in assessing general damages are clearly and concisely set out in *Gatley on Libel and Slander* (8th ed.), *supra*, at pp. 592-93, in these words:

#### SECTION 1. ASSESSMENT OF DAMAGES

**1451. Province of the jury.** In an action of libel "the assessment of damages does not depend on any legal rule." The amount of damages is "peculiarly the province of the jury," who in assessing them will naturally be governed by all the circumstances of the particular case. They are entitled to take into their consideration the conduct of the plaintiff, his position and standing, the nature of the libel, the mode and extent of publication, the absence or refusal of any retraction or apology, and "the whole conduct of the defendant from the time when the libel was published down to the very moment of their verdict. They may take into consideration the conduct of the defendant before action, after action, and in court at the trial of the action," and also, it is submitted, the conduct of his counsel, who cannot shelter his client by taking responsibility for the conduct of the case. They should allow "for the sad truth that no apology, retraction or withdrawal can ever be guaranteed completely to undo the harm it has done or the hurt it has caused." They should also take into account the evidence led in aggravation or mitigation of the damages.

There will of necessity be some overlapping of the factors to be considered when aggravated damages are assessed. This can be seen from a further reference to the *Gatley* text at pp. 593-94 where this appears:

**1452. Aggravated damages.** The conduct of the defendant, his conduct of the case, and his state of mind are thus all matters which the plaintiff may rely on as aggravating the damages. "Moreover, it is very well established that in cases where the damages are at large the jury (or the judge if the award is left to him) can take into account the motives and conduct of the defendant where they aggravate the injury done to the plaintiff. There may be malevolence or spite or the manner of committing the wrong may be such as to injure the plaintiff's proper feelings of dignity and pride. These are matters which the jury can take into account in assessing the appropriate compensation." "In awarding 'aggravated damages' the natural indignation of the court at the injury inflicted on the plaintiff is a perfectly

Les facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts généraux sont exposés de façon claire et concise dans l'ouvrage *Gatley on Libel and Slander* (8<sup>e</sup> éd.), *op. cit.*, aux pp. 592 et 593:

#### [TRADUCTION] SECTION 1. ÉVALUATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

**1451. Compétence du jury.** Dans une action en libelle, «l'évaluation des dommages-intérêts ne dépend d'aucune règle légale». Le montant des dommages-intérêts est «particulièrement de la compétence du jury» qui, en les évaluant, sera naturellement guidé par toutes les circonstances de l'affaire. Il est fondé à tenir compte de la conduite du demandeur, de sa situation et de son statut, de la nature du libelle, du mode et de la portée de la publication, de l'absence ou du refus de toute rétraction ou excuse, et de «l'ensemble de la conduite du défendeur à partir de la publication du libelle jusqu'au moment même de son verdict. Il peut tenir compte de la conduite du défendeur avant l'action, après l'action et pendant l'audition de l'action», et aussi, soutient-on, de la conduite de son avocat qui ne peut pas couvrir son client en prenant la responsabilité de la façon dont l'affaire est menée. Il doit reconnaître «la triste réalité qu'aucune excuse, aucune rétraction ou aucun retrait ne peut jamais assurer que seront complètement effacés le mal ou le préjudice causés». Il doit également tenir compte de la preuve présentée relativement à la majoration ou à la réduction des dommages.

Il y aura nécessairement un certain chevauchement des facteurs à considérer dans l'évaluation des dommages-intérêts majorés. On peut le constater à la lecture de cet autre extrait de *Gatley*, aux pp. 593 et 594:

[TRADUCTION] **1452. Dommages-intérêts majorés.** La conduite du défendeur, la façon dont il a mené l'affaire et son état d'esprit sont donc tous des éléments que le demandeur peut invoquer au chapitre de la majoration des dommages. «De plus, il est très bien établi que lorsque les dommages sont généraux, le jury (ou le juge si c'est à lui que revient l'adjudication) peut tenir compte des motifs et de la conduite du défendeur lorsqu'ils aggravent le préjudice causé au demandeur. Il peut y avoir malveillance ou rancune, ou la façon dont le mal a été commis peut être telle que le demandeur a été blessé dans ses sentiments intimes de dignité et de fierté. Ce sont des éléments dont le jury peut tenir compte dans l'évaluation de l'indemnité appropriée». «Dans l'adjudication de «dommages-intérêts majorés», l'indignation

legitimate motive in making a generous, rather than a more moderate award to provide an adequate solatium . . . that is because the injury to the plaintiff is actually greater, and, as the result of the conduct exciting the indignation, demands a more generous solatium."

184

In considering and applying the factors pertaining to general damages in this case it will be remembered that the reports in the press were widely circulated and the television broadcast had a wide coverage. The setting and the persons involved gave the coverage an aura of credibility and significance that must have influenced all who saw and read the accounts. The insidious harm of the orchestrated libel was indeed spread widely throughout the community.

185

The misconduct of the appellants continued after the first publication. Prior to the commencement of the hearing of the contempt motion before Cromarty J., Scientology was aware that the allegations it was making against Casey Hill were false. Yet, it persisted with the contempt hearings as did Morris Manning. At the conclusion of the contempt hearing, both appellants were aware of the falsity of the allegations. Nonetheless, when the libel action was instituted, the defence of justification was put forward by both of them. The statement of defence alleging justification or truth of the allegation was open for all the public to see. Despite their knowledge of its falsity, the appellants continued to publish the libel. Although Manning withdrew the plea of justification, this was only done in the week prior to the commencement of the trial itself. For its part, Scientology did not withdraw its plea of justification until the hearing of the appeal. Finally, the manner in which Hill was cross-examined by the appellants, coupled with the manner in which they presented their position to the jury, in light of their knowledge of the falsity of their allegations, are further aggravating factors to be taken into account.

186

When all these facts are taken into account there is no question that the award of \$300,000 by way of general damages was justified in this case.

naturelle de la cour face au préjudice causé au demandeur est un motif tout à fait légitime de fixer un montant généreux, plutôt que plus modéré, de façon à fournir une réparation adéquate [. . .] c'est-à-dire parce que le préjudice causé au demandeur est réellement plus grand et qu'il commande une réparation plus généreuse du fait qu'il résulte de la conduite qui suscite l'indignation».

Dans l'examen et l'application des facteurs relatifs aux dommages-intérêts généraux en l'espèce, il faut se rappeler que les articles de presse ont été largement diffusés et le reportage télévisé a reçu une immense couverture. Le cadre et les participants ont donné à la couverture une aura de crédibilité et d'importance qui a dû influencer tous ceux qui ont vu ou lu les reportages. Le préjudice insidieux du libelle orchestré s'était en fait répandu dans toute la communauté.

Les appelants ont poursuivi leur mauvaise conduite après la première publication. Avant le début de l'audition de la requête pour outrage devant le juge Cromarty, Scientology savait que les allégations visant Casey Hill étaient fausses. Elle a quand même poursuivi l'instance relative à l'outrage, tout comme Morris Manning. À l'issue de l'audition pour outrage, les deux appelants savaient que les allégations étaient fausses. Pourtant, lorsque l'action en libelle a été intentée, tous deux ont invoqué la défense de justification. La défense faisant valoir la justification ou la vérité de l'allégation était accessible au public. En dépit du fait qu'ils savaient que les allégations étaient fausses, les appelants ont continué à publier le libelle. Certes, Manning a retiré son plaidoyer de justification, mais seulement dans la semaine précédant le procès même. Quant à Scientology, elle n'a retiré son plaidoyer de justification qu'à l'audition de l'appel. Enfin, la manière dont les appelants ont contre-interrogé Hill, et la manière dont ils ont présenté leurs prétentions au jury, tout en sachant que leurs allégations étaient fausses, sont d'autres facteurs aggravants dont il faut tenir compte.

Si l'on tient compte de tous ces éléments, il ne fait pas de doute que les dommages-intérêts généraux de 300 000 \$ étaient justifiés en l'espèce.

(d) *Comparison with Other Libel Cases*

At the outset, I should state that I agree completely with the Court of Appeal that each libel case is unique and that this particular case is in a "class by itself". The assessment of damages in a libel case flows from a particular confluence of the following elements: the nature and circumstances of the publication of the libel, the nature and position of the victim of the libel, the possible effects of the libel statement upon the life of the plaintiff, and the actions and motivations of the defendants. It follows that there is little to be gained from a detailed comparison of libel awards.

(3) Aggravated Damages(a) *General Principles*

Aggravated damages may be awarded in circumstances where the defendants' conduct has been particularly high-handed or oppressive, thereby increasing the plaintiff's humiliation and anxiety arising from the libellous statement. The nature of these damages was aptly described by Robins J.A. in *Walker v. CFTO Ltd.*, *supra*, in these words at p. 111:

Where the defendant is guilty of insulting, high-handed, spiteful, malicious or oppressive conduct which increases the mental distress — the humiliation, indignation, anxiety, grief, fear and the like — suffered by the plaintiff as a result of being defamed, the plaintiff may be entitled to what has come to be known as "aggravated damages".

These damages take into account the additional harm caused to the plaintiff's feelings by the defendant's outrageous and malicious conduct. Like general or special damages, they are compensatory in nature. Their assessment requires consideration by the jury of the entire conduct of the defendant prior to the publication of the libel and continuing through to the conclusion of the trial. They represent the expression of natural indigna-

d) *Comparaison avec d'autres affaires de libelle*

Avant tout, j'aimerais exprimer mon accord complet avec la Cour d'appel, suivant laquelle chaque cas de libelle est unique, et que le cas en l'espèce se situe dans «une classe à part». L'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de libelle ressortit à l'ensemble des éléments suivants: la nature et les circonstances de la publication du libelle, le caractère et la situation de la victime du libelle, les effets possibles de la déclaration diffamatoire sur la vie du demandeur, et les actes et motivations des défendeurs. Il s'ensuit qu'il n'y a guère à gagner d'une comparaison exhaustive des montants accordés dans les affaires de libelle.

(3) Les dommages-intérêts majorésa) *Principes d'application générale*

On peut accorder des dommages-intérêts majorés lorsque le comportement des défendeurs est particulièrement abusif ou opprimant, et accroît l'humiliation et l'anxiété qu'engendre chez le demandeur la déclaration diffamatoire. Dans *Walker c. CFTO Ltd.*, précité, à la p. 111, le juge Robins de la Cour d'appel a décrit avec justesse la nature de ces dommages-intérêts:

[TRADUCTION] Lorsque le défendeur adopte un comportement insultant, abusif, méprisant, malveillant ou opprimant qui accroît l'angoisse morale — l'humiliation, l'indignation, l'anxiété, la peine, la crainte et autres sentiments semblables — chez le demandeur du fait qu'il est victime d'une diffamation, ce dernier est fondé à recevoir ce qu'on a appelé des «dommages-intérêts majorés».

Ces dommages-intérêts tiennent compte du tort additionnel que cause aux sentiments du demandeur le comportement outrageant et malveillant du défendeur. Comme les dommages-intérêts généraux ou spéciaux, les dommages-intérêts majorés sont de nature compensatoire. Pour les évaluer, le jury doit considérer l'ensemble du comportement du défendeur avant la publication du libelle et pendant tout le déroulement du procès, jusqu'à la fin.

187

188

189

tion of right-thinking people arising from the malicious conduct of the defendant.

Ils sont l'expression de l'indignation que cause naturellement chez les personnes sensées le comportement malveillant du défendeur.

190

If aggravated damages are to be awarded, there must be a finding that the defendant was motivated by actual malice, which increased the injury to the plaintiff, either by spreading further afield the damage to the reputation of the plaintiff, or by increasing the mental distress and humiliation of the plaintiff. See, for example, *Walker v. CFTO Ltd.*, *supra*, at p. 111; *Vogel, supra*, at p. 178; *Kerr v. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70 (S.C.), at p. 93; and *Cassell & Co. v. Broome, supra*, at pp. 825-26. The malice may be established by intrinsic evidence derived from the libellous statement itself and the circumstances of its publication, or by extrinsic evidence pertaining to the surrounding circumstances which demonstrate that the defendant was motivated by an unjustifiable intention to injure the plaintiff. See *Taylor v. Despard, supra*, at p. 975.

Pour accorder des dommages-intérêts majorés, le jury doit conclure que le défendeur était motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur, soit en propageant davantage le tort causé à sa réputation, soit en intensifiant son angoisse morale et son humiliation. Voir par exemple *Walker c. CFTO Ltd.*, précité, à la p. 111; *Vogel*, précité, à la p. 178; *Kerr c. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70 (C.S.), à la p. 93; et *Cassell & Co. c. Broome*, précité, aux pp. 825 et 826. On peut établir l'existence de la malveillance à l'aide d'une preuve intrinsèque qui découle de la déclaration diffamatoire elle-même et des circonstances de sa publication, ou encore à l'aide d'éléments de preuve extrinsèques relatifs aux circonstances, qui démontrent que le défendeur avait l'intention injustifiable de causer un préjudice au demandeur. Voir *Taylor c. Despard*, précité, à la p. 975.

191

There are a number of factors that a jury may properly take into account in assessing aggravated damages. For example, was there a withdrawal of the libellous statement made by the defendants and an apology tendered? If there was, this may go far to establishing that there was no malicious conduct on the part of the defendant warranting an award of aggravated damages. The jury may also consider whether there was a repetition of the libel, conduct that was calculated to deter the plaintiff from proceeding with the libel action, a prolonged and hostile cross-examination of the plaintiff or a plea of justification which the defendant knew was bound to fail. The general manner in which the defendant presented its case is also relevant. Further, it is appropriate for a jury to consider the conduct of the defendant at the time of the publication of the libel. For example, was it clearly aimed at obtaining the widest possible publicity in circumstances that were the most adverse possible to the plaintiff?

Un jury est fondé à considérer plusieurs facteurs en vue de fixer les dommages-intérêts majorés. Par exemple, les défendeurs ont-ils retiré la déclaration diffamatoire, ont-ils présenté des excuses? Dans l'affirmative, cela peut contribuer à établir l'absence, chez les défendeurs, d'un comportement malveillant justifiant des dommages-intérêts majorés. Le jury peut également considérer si le défendeur a répété le libelle, s'il s'est comporté de façon à empêcher le demandeur d'introduire l'action en libelle, s'il a fait subir au demandeur un contre-interrogatoire long et hostile, ou s'il a invoqué un plaidoyer de justification qu'il savait voué à l'échec. La manière générale dont le défendeur a présenté sa preuve est également pertinente. Par ailleurs, il convient pour un jury de considérer le comportement du défendeur à l'époque de la publication du libelle. Par exemple, visait-il manifestement à assurer la publicité la plus répandue dans des circonstances qui étaient les plus préjudiciables au demandeur?

(b) *The Application to the Facts of this Case*

In this case, there was ample evidence upon which the jury could properly base their finding of aggravated damages. The existence of the file on Casey Hill under the designation "Enemy Canada" was evidence of the malicious intention of Scientology to "neutralize" him. The press conference was organized in such a manner as to ensure the widest possible dissemination of the libel. Scientology continued with the contempt proceedings although it knew its allegations were false. In its motion to remove Hill from the search warrant proceedings, it implied that he was not trustworthy and might act in those proceedings in a manner that would benefit him in his libel action. It pleaded justification or truth of its statement when it knew it to be false. It subjected Hill to a demeaning cross-examination and, in its address to the jury, depicted Hill as a manipulative actor.

It is, as well, appropriate for an appellate court to consider the post-trial actions of the defendant. It will be recalled that Scientology, immediately after the verdict of the jury, repeated the libel, thus forcing the plaintiff to seek and obtain an injunction restraining Scientology from repeating the libel. It did not withdraw its plea of justification until the hearing of the appeal. All this indicates that the award of aggravated damages was strongly supported by the subsequent actions of Scientology.

In summary, every aspect of this case demonstrates the very real and persistent malice of Scientology. Their actions preceding the publication of the libel, the circumstances of its publication and their subsequent actions in relation to both the search warrant proceedings and this action amply confirm and emphasize the insidious malice of Scientology. Much was made of their apology tendered at the time of the hearing in the Court of Appeal. There is a hollow ring to that submission when it is remembered that it was not until the fifth day of oral argument before the Court of Appeal that the apology was tendered. Scientology can

b) *Application aux faits de l'espèce*

Dans la présente affaire, il y avait une preuve abondante sur le fondement de laquelle le jury pouvait à bon droit accorder des dommages-intérêts majorés. L'existence d'un dossier sur Casey Hill, intitulé «ennemi Canada», démontre l'intention malveillante de l'Église de le «neutraliser». La conférence de presse a été planifiée de manière à garantir la plus grande diffusion possible du libelle. Scientology a poursuivi les procédures pour outrage tout en sachant que ses allégations étaient fausses. Dans sa requête en vue de faire retirer Hill des procédures relatives au mandat de perquisition, elle a laissé entendre qu'il n'était pas digne de confiance et qu'il était susceptible d'agir dans ces procédures d'une manière qui lui profiterait dans son action pour libelle. Elle a plaidé la justification ou la vérité de sa déclaration qu'elle savait fausse. Elle a soumis Hill à un contre-interrogatoire dégradant et, dans son exposé au jury, l'a décrit comme un homme manipulateur.

Il est également approprié pour un tribunal d'appel de considérer les actes du défendeur après le procès. Il y a lieu de rappeler qu'immédiatement après que le verdict du jury, Scientology a réitéré le libelle, forçant ainsi le demandeur à demander et à obtenir une injonction interdisant à Scientology de le répéter. Elle n'a retiré son plaidoyer de justification qu'à l'audition de l'appel. Tous ces éléments permettent de conclure que les actions subséquentes de Scientology justifiaient amplement des dommages-intérêts majorés.

Bref, chaque aspect de cette affaire révèle la malveillance très réelle et constante de Scientology. Ses actions antérieures à la publication du libelle, les circonstances de sa publication et ses actions subséquentes dans les procédures relatives au mandat de perquisition et à la présente action confirment et font amplement ressortir la malveillance insidieuse de Scientology. On a fait grand cas des excuses présentées au moment de l'audition en Cour d'appel. Cette prétention sonne faux lorsque l'on se rappelle que ce n'est que le cinquième jour des débats devant la Cour d'appel que les excuses ont été présentées. Scientology ne peut

192

193

194

gain little comfort from such a late and meaningless apology.

guère tirer profit d'excuses aussi tardives et dénuées de sens.

195 These damages were awarded solely against Scientology and are based upon the misconduct of that appellant. There is no question of Manning being in any way responsible for these damages. Indeed, there cannot be joint and several responsibility for either aggravated or punitive damages since they arise from the misconduct of the particular defendant against whom they are awarded. See, for example, *Sun Life*, *supra*, at p. 1310; *Egger v. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248 (C.A.), at pp. 263 and 265; *Vogel*, *supra*, at p. 171; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991), at pp. 11-23 and 11-24. Scientology's behaviour throughout can only be characterized as recklessly high-handed, supremely arrogant and contumacious. There seems to have been a continuing conscious effort on Scientology's part to intensify and perpetuate its attack on Casey Hill without any regard for the truth of its allegations.

Seule Scientologie a été condamnée à verser des dommages-intérêts majorés, en raison de sa mauvaise conduite. Il n'est aucunement question que Manning soit de quelque façon responsable relativement à ces dommages-intérêts. En effet, il ne peut y avoir responsabilité solidaire à l'égard de dommages-intérêts majorés ou punitifs puisque ceux-ci découlent de la mauvaise conduite du défendeur condamné à les verser. Voir, par exemple, *Sun Life*, précité, à la p. 1310; *Egger c. Chelmsford*, [1965] 1 Q.B. 248 (C.A.), aux pp. 263 et 265; *Vogel*, précité, à la p. 171; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2<sup>e</sup> éd. 1991), aux pp. 11-23 et 11-24. Le comportement de Scientologie pendant tout ce temps ne peut être qualifié que d'imprudemment abusif, extrêmement arrogant et entêté. Elle semble avoir mis un effort conscient et constant à intensifier et à perpétuer son attaque contre Casey Hill sans jamais considérer la véracité de ses allégations.

#### (4) Punitive Damages

##### (a) *General Principles*

#### (4) Les dommages-intérêts punitifs

##### a) *Principes d'application générale*

196 Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency. Punitive damages bear no relation to what the plaintiff should receive by way of compensation. Their aim is not to compensate the plaintiff, but rather to punish the defendant. It is the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant. They are in the nature of a fine which is meant to act as a deterrent to the defendant and to others from acting in this manner. It is important to emphasize that punitive damages should only be awarded in those circumstances where the combined award of general and aggravated damages would be insufficient to achieve the goal of punishment and deterrence.

On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur. Ils revêtent le caractère d'une amende destinée à dissuader le défendeur et les autres d'agir ainsi. Il importe de souligner que les dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader.

197 Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas

much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence?

This was the test formulated by Robins J.A. in *Walker v. CFTO Ltd.*, *supra*. In that case, he found that the general damages award of \$908,000 was obviously sufficient to satisfy whatever need there was for punishment and deterrence. He found that, in those circumstances, the \$50,000 punitive damage award served no rational purpose. The Court of Appeal, in the case at bar, applied the same reasoning and upheld the award of punitive damages.

Punitive damages can and do serve a useful purpose. But for them, it would be all too easy for the large, wealthy and powerful to persist in libelling vulnerable victims. Awards of general and aggravated damages alone might simply be regarded as a licence fee for continuing a character assassination. The protection of a person's reputation arising from the publication of false and injurious statements must be effective. The most effective means of protection will be supplied by the knowledge that fines in the form of punitive damages may be awarded in cases where the defendant's conduct is truly outrageous.

#### (b) *The Application to the Facts of this Case*

There can be no doubt that the conduct of Scientology in the publication of the injurious false statement pertaining to its "enemy" was malicious. Its publication was carefully planned and carried out in a manner which ensured its widest possible dissemination in the most damaging manner imaginable. The allegation made against Hill was devastating. It was said that he had been guilty of breach of trust, breach of a court order and that his

généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d'autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

C'est le critère qui a été formulé par le juge Robins dans *Walker c. CFTO Ltd.*, précité. Dans cette affaire, le juge a conclu que les dommages-intérêts généraux de 908 000 \$ étaient de toute évidence suffisants pour satisfaire quelque nécessité de punir et de dissuader. Il a jugé que, dans ces circonstances, les dommages-intérêts punitifs de 50 000 \$ ne servaient aucun objectif rationnel. En l'espèce, la Cour d'appel a suivi le même raisonnement et maintenu les dommages-intérêts punitifs.

Les dommages-intérêts punitifs peuvent servir, et servent effectivement, un objectif utile. S'ils n'existaient pas, il ne serait que trop facile pour les gens importants, puissants et riches de persister à répandre des libelles contre des victimes vulnérables. Les dommages-intérêts généraux et majorés à eux seuls pourraient simplement être considérés comme la redevance à payer pour être autorisé à continuer cette atteinte à la réputation. La protection de la réputation d'une personne à la suite de la publication de déclarations fausses et injurieuses doit être efficace. La meilleure protection est de faire savoir que des amendes, sous forme de dommages-intérêts punitifs, peuvent être imposées lorsque le comportement du défendeur est véritablement outrageant.

#### b) *Application aux faits de l'espèce*

Il ne fait aucun doute que le comportement de Scientology dans la publication de la déclaration fausse et injurieuse concernant son «ennemi» était empreint de malveillance. Elle a fait en sorte que sa publication, soigneusement planifiée, soit exécutée de façon à obtenir la diffusion la plus vaste possible, de la manière la plus préjudiciable que l'on puisse imaginer. L'allégation visant Hill était dévastatrice. On prétendait qu'il s'était rendu cou-

198

199

200

conduct and behaviour was criminal. Scientology's actions from the time of publication, throughout the trial, and after the trial decision was rendered constituted a continuing attempt at character assassination by means of a statement which it knew to be false. It was such outrageous conduct that it cried out for the imposition of punitive damages.

pable d'abus de confiance, de manquement à une ordonnance judiciaire et de comportement criminel. Les agissements de Scientology à compter de la publication, pendant tout le procès et après que la décision au procès, constituaient une tentative persistante d'attenter à la moralité au moyen d'une déclaration qu'elle savait fausse. Il s'agissait d'un comportement si outrageant qu'il appelle l'imposition de dommages-intérêts punitifs.

201 There might have been some concern that, in light of the award of general and aggravated damages totalling \$800,000, there might not be a rational basis for punitive damages. However any lingering doubt on that score is resolved when Scientology's persistent misconduct subsequent to the trial is considered. On the very next day following the verdict, Scientology republished the libel in a press release delivered to the media. It then brought a motion to adduce fresh evidence which it stated would have a bearing "on the credibility and reputation of the plaintiff S. Casey Hill" which, if presented at trial, "would probably have changed the result". Its actions were such that Hill was forced to bring an application for an injunction enjoining Scientology from republishing the libel. In his reasons for granting the injunction, Carruthers J. stated that he was forced to take that action because "no amount awarded on account of punitive damages would have prevented or will prevent the Church of Scientology from publishing defamatory statements about the plaintiff". Even the injunction did not deter Scientology which moved to set it aside. Further, in its notice of appeal of the libel judgment, Scientology alleged that the trial judge had erred in ruling the decision of Cromarty J. in the contempt proceedings was *res judicata* of the issues raised in the libel trial.

On a pu se demander si, compte tenu du total de 800 000 \$ accordé au titre des dommages-intérêts généraux et majorés, il n'existait plus de motif rationnel d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Toutefois, tout doute subsistant à cet égard est dissipé par la persistance de la conduite de Scientology après le procès. Le lendemain même du verdict, Scientology a de nouveau publié le libelle dans un communiqué de presse transmis aux médias. Elle a ensuite introduit une requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve qui, selon elle, auraient un effet [TRADUCTION] «sur la crédibilité et la réputation du demandeur S. Casey Hill» et qui, s'ils avaient été présentés au procès, «en auraient probablement changé l'issue». Ses actions étaient telles que Hill a été contraint de demander une injonction interdisant à Scientology de publier de nouveau le libelle. Dans ses motifs, le juge Carruthers s'est dit contraint d'accorder l'injonction puisque [TRADUCTION] «aucun montant accordé à titre de dommages-intérêts punitifs n'aurait empêché ou n'empêchera l'Église de Scientology de publier des déclarations diffamatoires sur le demandeur». Même l'injonction n'a pas freiné Scientology, qui en a demandé l'annulation. En outre, dans son avis d'appel du jugement sur le libelle, Scientology a allégué que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que la décision du juge Cromarty dans l'instance relative à l'outrage était chose jugée quant aux questions soulevées dans le procès pour libelle.

202 During the appeal, it was conceded and the evidence and events confirmed that in all likelihood, no amount of general or aggravated damages would have deterred Scientology. Clearly then, this was an appropriate case for an award of punitive damages. Scientology did not withdraw its plea of

Au cours de l'appel, il a été concédé qu'il était fort probable qu'aucun montant de dommages-intérêts généraux et majorés n'aurait pu dissuader Scientology, et la preuve et les faits ont confirmé cela. Il est donc évident qu'il convenait en l'espèce d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Scien-

justification until the first day of the oral argument in the Court of Appeal. Nor was any apology tendered by Scientology until the fifth day of oral argument before the Court of Appeal.

The award of punitive damages, therefore, served a rational purpose in this case. Further, the circumstances presented in this exceptional case demonstrate that there was such insidious, pernicious and persistent malice that the award for punitive damages cannot be said to be excessive. Scientology has alleged that the size of the award of punitive damages had a chilling effect on its right to freedom of expression. However as stated earlier, in spite of the slow and methodical progress of this case to trial and appeal, and despite the motion brought six years before the trial which drew attention to the need for evidence, Scientology adduced no evidence as to the chilling effect of the award. In its absence, this argument should not be considered. It may be that different factors will have to be taken into consideration where evidence is adduced and where a member of the media is a party to the action. However, those are considerations for another case on another day.

#### IV. Disposition

The appeal is dismissed with costs.

#### APPENDIX A

##### CFTO BROADCAST

The Toronto Church of Scientology has filed charges of contempt of court against two provincial lawyers. The Church believes the lawyers violated a court order by opening sealed documents which were seized last year in a raid on the Church's headquarters. A report from CFTO's Tim Webber:

Webber:

Eighteen months ago, more than one hundred O.P.P. officers stormed out of three buses and into the offices of the Church of Scientology. They seized hundreds of thousands of documents in two days of searching. Police said they were looking for evidence of tax fraud, consumer fraud and other indictable

tologie n'a retiré son plaidoyer de justification que le premier jour des débats devant la Cour d'appel. En outre, elle n'a présenté des excuses que le cinquième jour des débats devant la Cour d'appel.

Les dommages-intérêts punitifs servaient donc un objectif rationnel en l'espèce. Par ailleurs, les circonstances de cette affaire exceptionnelle démontrent qu'il y a eu une malveillance si insidieuse, pernicieuse et persistante que le montant de dommages-intérêts punitifs ne peut être jugé excessif. Scientology a allégué que le montant des dommages-intérêts punitifs avait un effet paralysant sur son droit à la liberté d'expression. Toutefois, je le répète, en dépit du déroulement lent et méthodique de la présente affaire au procès et en appel, et de la requête présentée six ans avant le procès, qui a fait ressortir la nécessité de produire une preuve, Scientology n'a présenté aucun élément de preuve quant à l'effet paralysant qu'aurait le montant accordé. En l'absence d'une telle preuve, cet argument ne doit pas être considéré. Il y aura sans doute lieu de tenir compte de différents facteurs lorsqu'une preuve sera produite et que des membres des médias seront parties à l'action. Toutefois, ce sont là des considérations qui devront attendre une autre occasion.

#### IV. Dispositif

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

#### ANNEXE A

##### REPORTAGE DE CFTO

[TRADUCTION] L'Église de scientologie de Toronto a déposé des accusations d'outrage au tribunal contre deux avocats provinciaux. L'Église croit que les avocats ont violé une ordonnance judiciaire en ouvrant des documents scellés, saisis l'an dernier lors d'une descente au bureau principal de l'Église. Voici le reportage de Tim Webber de CFTO:

Webber:

Il y a dix-huit mois, plus de cent agents de la PPO, transportés dans trois autobus, ont pris d'assaut les bureaux de l'Église de scientologie. Ils ont saisi des centaines de milliers de documents au cours d'une fouille qui a duré deux jours. Aux dires de la police, ils étaient à la recherche de preuves de fraude fiscale,

offences. Many of these seized documents were deemed confidential by the Church. Some they said were confessions between priests and penitents and they convinced a judge to order about two hundred of the documents sealed. Today, lawyers for the Church filed charges alleging that the sealing order has been violated.

**Manning:**

The documents were ordered sealed by Mr. Justice Osler, pursuant to a request by counsel, in a very serious matter, and they were opened and revealed to persons whom we say were unauthorized to do so.

**Webber:**

The charges are against Jerome Cooper, a lawyer for Consumer and Commercial Relations, and Crown Attorney S. Casey Hill. The documents filed today alleged that the two convinced another Supreme Court Justice to allow the Ministry of Consumer and Commercial Relations to view the sealed documents in the company of O.P.P. officers. One of the lawyers being charged, Jerome Cooper, today told us he had absolutely no comment on the matter. The trial date has already been set for the 17th of January, but lawyers for the Church of Scientology are hoping to convince the defendants and the Court so start even sooner.

## APPENDIX B

### CBC BROADCAST

The Church of Scientology has filed a suit against two Toronto based Crown Attorneys. The Church had its offices raided by police and documents seized in March of 1983. Lawyers for the Church say those documents were opened and read by persons not authorized to do so.

**Manning:**

They were confidential documents which have been ordered sealed by Supreme Court of Ontario Justices which were opened with the permission of counsel for the Crown. And this constitutes, in the opinion of the Church, a contempt of court. We've had a date set in January. But hopefully, we can get a date set earlier with the consent of the Chief Justice of the Trial Division, or the Chief Justice of Ontario on the basis that

de fraude à l'égard de consommateurs et d'autres actes criminels. Nombre des documents saisis étaient considérés confidentiels par l'Église, parce que certains étaient des confessions entre prêtres et pénitents. L'Église a pu convaincre un juge d'ordonner qu'environ deux cents de ces documents soient scellés. Aujourd'hui, les avocats de l'Église ont déposé des accusations alléguant que l'ordonnance de mise sous scellés a été violée.

**Manning:**

Le juge Osler a ordonné que les documents soient scellés à la demande des avocats dans le cadre d'une affaire très grave, et ces documents ont été ouverts et révélés à des personnes qui à notre avis n'étaient pas autorisées.

**Webber:**

Les accusations visent Jerome Cooper, avocat au ministère de la Consommation et du Commerce, et S. Casey Hill, substitut du procureur général. Suivant les documents déposés aujourd'hui, les deux avocats ont convaincu un autre juge de la Cour suprême d'autoriser le ministère de la Consommation et du Commerce à examiner les documents scellés en compagnie d'agents de la PPO. Un des avocats accusés, Jerome Cooper, nous a affirmé aujourd'hui qu'il n'avait absolument aucun commentaire à faire sur cette affaire. La date du procès a déjà été fixée au 17 janvier, mais les avocats de l'Église de scientologie espèrent convaincre les défenseurs et la Cour de commencer encore plus tôt.

## ANNEXE B

### REPORTAGE DE LA SRC

[TRADUCTION] L'Église de scientologie a institué une action contre deux substituts du procureur général à Toronto. En mars 1983, l'Église a reçu la visite de la police à ses bureaux, où des documents ont été saisis. Les avocats de l'Église affirment que ces documents ont été ouverts et examinés par des personnes non autorisées à le faire.

**Manning:**

Il s'agissait de documents confidentiels dont la mise sous scellé avait été ordonnée par des juges de la Cour suprême de l'Ontario, et qui ont été ouverts avec l'autorisation du substitut du procureur général. Cela constitue, de l'avis de l'Église, un outrage au tribunal. Le procès doit commencer en janvier, mais nous espérons obtenir une date plus rapprochée avec le consentement du juge en chef de première instance ou

it's a very important matter. It's important to the administration of justice.

## APPENDIX C

### GLOBE AND MAIL

The Church of Scientology of Toronto is asking the Supreme Court of Ontario to find a Crown prosecutor and a lawyer with the Ontario Ministry of Consumer and Commercial Relations in contempt of court.

Morris Manning, a lawyer acting for the church, said in an interview yesterday that he has filed a motion asking for S. Casey Hill, a prosecutor with the Ontario Ministry of the Attorney-General, and Jerome Cooper, a lawyer with the Consumer Ministry, to be jailed or fined.

The motion claims that Mr. Cooper misled Mr. Justice Jean-Charles Sirois of the Supreme Court of Ontario into releasing to the Consumer Ministry documents seized by the Ontario Provincial Police in a raid on the Church's headquarters.

The motion says Judge Sirois was not told that many of the documents had been ordered sealed by another Ontario Supreme Court judge while the Church contests the legality of the search warrant used by the O.P.P. in the raid last year.

The motion claims Mr. Hill, who represented the Attorney-General during the search warrant hearings "aided and abetted in the misleading of Mr. Justice Sirois".

A hearing on the motion has been set for January 17.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory and, except on one point, generally agree with them as well as with his disposition of this appeal.

First, however, in order to dispel any possible confusion regarding the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the common law, I note that this issue can be easily sum-

du juge en chef de l'Ontario pour le motif qu'il s'agit d'une affaire très importante. Elle est importante pour l'administration de la justice.

## ANNEXE C

### GLOBE AND MAIL

[TRADUCTION] L'Église de scientologie de Toronto s'adresse à la Cour suprême de l'Ontario afin que soient déclarés coupables d'outrage au tribunal un substitut du procureur général et un procureur du ministère de la Consommation et du Commerce de l'Ontario.

Morris Manning, avocat agissant pour le compte de l'Église, a affirmé au cours d'une entrevue hier qu'il a déposé une requête réclamant que S. Casey Hill, avocat au ministère du Procureur général de l'Ontario, et Jerome Cooper, avocat au ministère de la Consommation, soient condamnés à une amende ou à une peine d'emprisonnement.

Suivant la requête, M. Cooper a induit en erreur le juge Jean-Charles Sirois de la Cour suprême de l'Ontario afin qu'il libère, en faveur du ministère de la Consommation, des documents saisis par la Police provinciale de l'Ontario lors d'une descente effectuée au bureau principal de l'Église.

L'Église allègue également dans la requête que le juge Sirois n'a pas été avisé que plusieurs documents avaient été mis sous scellés sur ordonnance d'un juge de la Cour suprême de l'Ontario pendant que l'Église conteste la légalité du mandat de perquisition utilisé par la PPO au cours de la descente effectuée l'an dernier.

On fait valoir dans la requête que M. Hill, qui représentait le procureur général pendant les auditions relatives au mandat de perquisition, «a aidé et encouragé à induire le juge Sirois en erreur».

Une audition sur la requête se tiendra le 17 janvier.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et, sauf sur un point, je suis substantiellement d'accord avec lui et avec le résultat auquel il arrive.

En premier lieu, toutefois, afin de dissiper toute confusion possible quant à l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la common law, cette question peut, à mon avis, se

marized in the following two principles, both of which were first articulated by McIntyre J. in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573:

1. The *Charter* does not directly apply to the common law unless it is the basis of some governmental action.
2. Even though the *Charter* does not directly apply to the common law absent government action, the common law must nonetheless be developed in accordance with *Charter* values. (To the same effect, see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, per L'Heureux-Dubé J.)

In other words, the basic rule is that, absent government action, the *Charter* only applies indirectly to the common law.

réduire simplement aux deux propositions suivantes, formulées pour la première fois par le juge McIntyre dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573:

1. La *Charte* ne s'applique pas directement à la common law sauf dans la mesure où elle constitue le fondement d'une action gouvernementale.
2. Quoique la *Charte* ne s'applique pas directement à la common law en l'absence d'une action gouvernementale, la common law doit néanmoins évoluer de manière à être compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte*. (Dans le même sens, voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, le juge L'Heureux-Dubé.)

En d'autres termes, la règle fondamentale est la suivante: en l'absence d'une action gouvernementale, la *Charte* ne s'applique qu'indirectement à la common law.

207 In light of the above, I agree with Cory J. that where the common law is "challenged" on *Charter* grounds, a traditional s. 1 analysis will generally not be appropriate. Instead, "*Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary" (para. 97). As well, I agree with Cory J. that "the party who is alleging that the common law is inconsistent with the *Charter* should bear the onus of proving both that the common law fails to comply with *Charter* values and that, when these values are balanced, the common law should be modified" (para. 98). Such an approach is, in my view, consistent with the fact that, absent government action, the *Charter* only applies indirectly to the common law.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'accord avec le juge Cory que lorsque la common law fait l'objet d'une «contestation» fondée sur la *Charte*, en général l'analyse traditionnelle effectuée dans le cadre de l'article premier n'est pas appropriée, mais plutôt, que «[f]ormulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire» (par. 97). De même, comme le juge Cory, j'estime que «[l]a partie qui allègue que la common law est incompatible avec la *Charte* doit [...] établir à la fois que la common law ne respecte pas les valeurs de la *Charte* et que, suivant la pondération de ces valeurs, la common law doit être modifiée» (par. 98). Cette approche, à mon avis, va de pair avec le fait qu'en l'absence d'une action gouvernementale, la *Charte* ne s'applique qu'indirectement à la common law.

208 Applying this approach in the case at hand, I agree with Cory J.'s conclusion that the common law of defamation, as it is applied to the parties in

Appliquant ici cette approche, je souscris à la conclusion du juge Cory que la common law de la diffamation, telle qu'elle s'applique aux parties à

this action, is consistent with the values enshrined in the *Charter*. Accordingly, I agree with my colleague that there is no need to amend or alter the common law. In particular, I agree that the "actual malice" rule adopted by the U.S. Supreme Court in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), should not be adopted into the Canadian common law of defamation.

Second, the one issue on which I part company with my colleague concerns the scope of the defence of qualified privilege. Traditionally, this Court has held that the defence of qualified privilege is available with respect to reports of judicial proceedings, but not with respect to reports of pleadings in purely private litigation upon which no judicial action has yet been taken: *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339. The appellants, however, argue that *Shallow* is no longer good law as it had been overtaken by this Court's more recent decision in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. My colleague appears to accept this argument. Accordingly, he broadens the scope of the defence of qualified privilege, making it available with respect to reports of pleadings upon which no judicial action has yet been taken. I disagree. In my view, *Shallow* and *Edmonton Journal* are entirely consistent. In this respect, I adopt the following statement from the judgment of the Court of Appeal in the case at hand ((1994), 18 O.R. (3d) 385, at p. 427):

We were urged to extrapolate from *Edmonton Journal* the proposition that the common law of defamation should respect such constitutional forms of expression as the reporting of information pertaining to intended court proceedings by conferring qualified privilege on the occasion of the publication of such reports. With respect, we do not agree. *Edmonton Journal* struck down, in the name of freedom of expression, statutory provisions which sought to inhibit the publication of the details of pending matrimonial and other civil actions. But it by no means follows that the publication of such

cette action, est conforme aux valeurs consacrées dans la *Charte*. Aussi n'est-il pas nécessaire, comme mon collègue l'indique, de changer ou de modifier la common law. En particulier, je conviens que la règle de la «malveillance véritable» adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), ne devrait pas être intégrée à la common law de la diffamation au Canada.

En deuxième lieu, la seule question sur laquelle je me dissocie de mon collègue concerne la portée de la défense d'immunité relative. Traditionnellement, notre Cour a conclu qu'il était possible d'invoquer la défense d'immunité relative en ce qui concerne le compte rendu de procédures judiciaires, mais qu'il n'en était pas de même à l'égard de comptes rendus d'actes de procédure dans le cadre de litiges purement privés, sur le fondement desquels aucune action judiciaire n'a encore été instituée: *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339. Or, les appelants font valoir que l'arrêt *Shallow* ne traduit plus l'état du droit vu la décision plus récente de notre Cour dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Mon collègue paraît accepter cet argument. Il étend donc la défense d'immunité relative aux comptes rendus d'actes de procédure sur le fondement desquels aucune action judiciaire n'a encore été intentée. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les arrêts *Shallow* et *Edmonton Journal* sont tout à fait compatibles. À cet égard, j'adopte l'extrait suivant de la décision de la Cour d'appel dans le cas qui nous occupe ((1994), 18 O.R. (3d) 385, à la p. 427):

[TRADUCTION] On nous propose d'extrapoler de l'arrêt *Edmonton Journal* la proposition selon laquelle la common law de la diffamation devrait respecter les formes constitutionnelles d'expression que constituent les comptes rendus de procédures judiciaires que l'on se propose d'intenter, en conférant l'immunité relative à la publication de ces comptes rendus. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. L'arrêt *Edmonton Journal* a eu pour effet d'annuler, au nom de la liberté d'expression, des dispositions législatives interdisant la publication de renseignements concernant des actions matrimoniales ou autres actions civiles en cours. Cela ne signifie aucunement que la publication de ces renseignements devrait

details should be accorded the mantle of qualified privilege if they are defamatory.

*Edmonton Journal* and *Gazette Printing* stand together without conflict: there is a right to publish details of judicial proceedings before they are heard in open court, but such publication does not enjoy the protection of qualified privilege if it is defamatory. As Duff J. noted in the extract from p. 364 of *Gazette Printing* set out above, no such privilege is necessary if the statements published are true, and no such privilege is desirable if they are not true.

jouer de la protection de l'immunité relative si ceux-ci s'avèrent diffamatoires.

Les arrêts *Edmonton Journal* et *Gazette Printing* n'entrent pas en conflit: le droit de publier les détails de procédures judiciaires avant qu'elles ne soient entendues en audience publique existe, mais cette publication ne jouit pas de la protection de l'immunité relative si son contenu est diffamatoire. Ainsi que le juge Duff l'a indiqué dans le passage tiré de la p. 364 de l'arrêt *Gazette Printing* ci-dessus, l'immunité n'est pas nécessaire si les déclarations publiées sont véridiques, et elle n'est pas souhaitable si les déclarations sont fausses.

Subject to the above, I would dispose of this appeal as does my colleague Cory J.

Sous réserve de ce qui précède, je trancherais le pourvoi comme le suggère mon collègue le juge Cory.

*Appeal dismissed with costs.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Solicitors for the appellant Morris Manning: Weir & Foulds, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant Morris Manning: Weir & Foulds, Toronto.*

*Solicitors for the appellant the Church of Scientology of Toronto: Gowling, Strathy & Henderson, Kitchener.*

*Procureurs de l'appelante l'Église de scientologie de Toronto: Gowling, Strathy & Henderson, Kitchener.*

*Solicitors for the respondent: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Robert Sharpe and Kent Roach, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Robert Sharpe et Kent Roach, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Writers' Union of Canada, PEN Canada, the Canadian Association of Journalists, the Periodical Writers Association of Canada, and the Book and Periodical Council: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Writers' Union of Canada, PEN Canada, l'Association canadienne des journalistes, Periodical Writers Association of Canada, et Book and Periodical Council: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Daily Newspaper Association, the Canadian Community Newspapers Association, the Canadian Association of Broadcasters, the Radio-Television News Directors Association of Canada, the Canadian Book Publishers' Council and the Canadian*

*Procureurs des intervenants l'Association canadienne des éditeurs de quotidiens, Canadian Community Newspapers Association, l'Association canadienne des radiodiffuseurs, l'Association canadienne des directeurs de l'information en radio-télévision, Canadian Book Publishers'*

*Magazine Publishers' Association: Blake, Cassels  
& Graydon, Toronto.*

*Council et Canadian Magazine Publishers' Asso-  
ciation: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*