

Davies & Davies Limited *Appellant;*

and

Bernard Kott *Respondent.*

1979: February 14; 1979: May 22.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Pigeon, Dickson and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Libel — Qualified privilege — Malice — Libel based on letters — Letters capable of conveying defamatory meaning — Letters written on occasion of qualified privilege — Whether trial judge justified in putting the issue of malice before the jury.

The appeal is from a unanimous judgment of the Ontario Court of Appeal which allowed an appeal from a judgment in the amount of \$4,000 in a libel action against Kott. Both the libel action and another action involving the discharge of a mortgage arose from the same events between the same parties but the trial was complicated by the fact that the former was tried with a jury and the latter by the judge alone.

During the spring of 1962 Kott who had been solicitor to the appellant company since 1961 entered an oral agreement that the company would build a house for Kott and his wife. Kott seemingly was to purchase the land, pay the actual cost of construction, plus a profit of \$2,500 and to render legal services to the company at a fair and reasonable charge. Kott procured the land and a first mortgage from an insurance company and the house was constructed. The cost however greatly exceeded the estimates and in January 1963 Kott owed the appellant company approximately \$18,000 to complete payment for the house. A second mortgage in that amount was executed on January 31, 1963. The principal amount was due on December 31, 1963, but when that date arrived Kott was unable to meet the payment of \$17,356.66 which was the amount required as notified by Davies to Kott. The matter was settled by the delivery of a cheque for \$2,356.66 by Kott to Davies and by the execution and delivery by the Kotts to Davies of a new mortgage for \$15,000. The earlier mortgage was not returned to Kott despite his request for it and it was agreed that the \$15,000 mortgage would not be registered.

Subsequently relations between the parties deteriorated despite the apparent settlement of their affairs. Kott

Davies & Davies Limited *Appelante;*

et

Bernard Kott *Intimé.*

1979: 14 février; 1979: 22 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Pigeon, Dickson et McIntyre.

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

Diffamation — Immunité relative — Malice — Diffamation basée sur des lettres — Les lettres pouvaient avoir une portée diffamatoire — Lettres écrites dans des circonstances justifiant l'immunité relative — Le juge de première instance pouvait-il soumettre la question de la malice au jury?

Le pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un jugement condamnant Kott à verser \$4,000 en dommages-intérêts sur une action en diffamation. L'action en diffamation et une autre action, relative à la quittance d'une hypothèque, portent sur les mêmes faits et impliquent les mêmes parties mais le procès s'est compliqué du fait que la première a été entendue devant jury et la dernière par le juge seul.

Au printemps de 1962, Kott, qui était procureur de la compagnie appelante depuis 1961, a convenu oralement que la compagnie construirait une maison pour sa femme et lui. Kott devait apparemment acheter le terrain, payer le coût réel de la construction plus un profit de \$2,500 et rendre à la compagnie des services d'ordre juridique moyennant un coût juste et raisonnable. Kott s'est procuré le terrain, a obtenu d'une compagnie d'assurances une première hypothèque et la maison a été construite. Les prévisions ont cependant été largement dépassées et, en janvier 1963, Kott devait environ \$18,000 à la compagnie appelante. Une seconde hypothèque pour ce montant a été constituée le 31 janvier 1963. Le montant principal était payable le 31 décembre 1963, mais Kott n'a pas pu faire le paiement de \$17,356.66, montant exigé par Davies qui en avait informé Kott. En fin de compte, Kott a remis à Davies un chèque de \$2,356.66 et les Kott ont accordé à Davies une nouvelle hypothèque de \$15,000. Le premier acte d'hypothèque n'a pas été remis à Kott bien qu'il en ait fait la demande et il fut convenu que l'hypothèque de \$15,000 ne serait pas enregistrée.

Par la suite, les relations entre les parties se sont détériorées même si leur différend avait apparemment

continued to act as Davies' solicitor however, despite differences on various matters including the building of the house and payment therefor. Later, after Kott was requested to sign an acknowledgment in respect of the balance due on the \$15,000 mortgage which he refused to do, he again requested return of the \$18,000 mortgage. The response to his request was a letter from other solicitors advising that they had registered a caution with respect to the \$18,000 charge.

The libel action was brought as a result of letters written by Kott on March 30, 1965 to Somers (the Davies' solicitor) and to Mador (the solicitor who had requested Kott's signature on the acknowledgment) which emphasised that the \$18,000 charge had been reduced to and replaced by the \$15,000 charge, by then registered, and suggesting that the action to register the former was in essence a fraud. Subsequent to this date Kott made substantial payments on the \$15,000 mortgage which Davies had given Kott good reason to believe were credited against that mortgage. Kott finally arranged to pay it off. When Kott realised that Davies had applied the payments against the \$18,000 mortgage and was advised by Davies that more than \$14,000 would be required to clear the \$15,000 mortgage he commenced the mortgage action. On February 18, 1969, some four years after the publication of the letters Davies commenced the libel action.

The trial judge found the letters capable of conveying a defamatory meaning, that they were written on occasion of qualified privilege and that there was some evidence of malice which he left to the jury. The Court of Appeal however concluded that there was no evidence to justify the question of malice being put to the jury.

Held: The appeal should be dismissed.

The relationship between a judge and a jury in dealing with issues of fact is generally well established. Ordinarily the judge is not concerned with the weight of evidence. If he concludes that there has been adduced admissible evidence going in proof of the fact in issue he must leave it to the jury but it is the jury that has the function of weighing the evidence and according to it the effect that it (the jury) considers appropriate.

However where, as in this case, words are spoken or written on an occasion of qualified privilege the question of malice should not be put to the jury unless the trial judge is of the opinion that the evidence adduced raises

été réglé. Kott a cependant continué d'agir comme procureur de Davies malgré les divergences d'opinion sur diverses questions, y compris la construction de la maison et le paiement de celle-ci. Plus tard, après qu'on a demandé à Kott de signer une acceptation pour ce qui restait à payer sur l'hypothèque de \$15,000, ce qu'il a refusé de faire, il demanda de nouveau qu'on lui retourne l'acte d'hypothèque de \$18,000. En réponse à sa demande, il reçut une lettre d'autres procureurs l'informant qu'ils avaient enregistré un avis relativement à la dette hypothécaire de \$18,000.

L'action en diffamation a été instituée à la suite de lettres écrites par Kott, le 30 mars 1965, à Somers (le procureur de Davies) et à Mador (le procureur qui avait demandé à Kott de signer l'acceptation); ces lettres précisaient que l'hypothèque de \$18,000 avait été réduite et remplacée par l'hypothèque de \$15,000, alors enregistrée, et donnaient à entendre que le fait d'enregistrer la première hypothèque constituait une fraude. Par la suite, Kott a fait des versements importants sur l'hypothèque de \$15,000 et Davies a donné à Kott de bonnes raisons de croire que les versements étaient appliqués à cette hypothèque. Kott s'est finalement arrangé pour l'acquitter. Lorsque Kott s'est rendu compte que Davies avait appliqué les paiements à l'hypothèque de \$18,000 et que ce dernier l'a informé qu'il faudrait plus de \$14,000 pour acquitter l'hypothèque de \$15,000, il a institué l'action en décharge d'hypothèque. Le 18 février 1969, soit près de quatre ans après la réception des lettres, Davies a institué l'action en diffamation.

Le juge de première instance a conclu que les lettres pouvaient avoir une portée diffamatoire, qu'elles avaient été écrites dans des circonstances justifiant l'immunité relative et qu'il y avait des éléments de preuve de malice, ce dont il a laissé l'appréciation au jury. La Cour d'appel a cependant conclu qu'aucune preuve ne justifiait de soumettre la question de la malice au jury.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La relation entre un juge et un jury dans l'examen des questions de fait est généralement bien établie. Ordinairement, le juge n'a rien à voir au poids de la preuve. S'il conclut qu'il y a de la preuve admissible d'un fait en litige, il doit laisser au jury le soin de l'apprécier. C'est le rôle du jury de lui accorder la valeur qui lui (au jury) semble appropriée.

Cependant lorsque, comme en l'espèce, les propos sont prononcés ou écrits dans des circonstances justifiant l'immunité relative, la question de la malice ne doit pas être soumise au jury à moins que le juge de première

a probability of its existence. This view, well rooted in authority, rests upon the proposition that the privilege of which the defendant has the benefit creates a presumption against malice.

Adam v. Ward, [1917] A.C. 309; *Holliday v. McKim Advertising Limited*, unreported, Ontario Court of Appeal; *Spill v. Maule* (1869), L.R. 4 Ex. 232; *Somerville v. Hawkins* (1851), 10 C.B. 583; *Sun Life Assurance Company of Canada et al. v. Dalrymple*, [1965] S.C.R. 302; *Taylor et al. v. Despard et al.* [1956] O.R. 963; *Turner v. M-G-M Pictures Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of the High Court awarding \$4,000 damages against the respondent Kott. Appeal dismissed.

R. N. Starr, Q.C., for the appellant.

Warren H. O. Mueller, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This is an appeal from a unanimous judgment of the Ontario Court of Appeal which allowed an appeal from a judgment of the High Court which awarded damages in the amount of \$4,000 against the respondent Kott.

At trial and in the Court of Appeal this action, which will be referred to as the libel action, was heard together with another action which will be called the mortgage action. The two actions arose out of the same events between the same parties but the trial before Pennell J. was complicated by the fact that the libel action was conducted before a jury while the mortgage action was before the judge alone.

In the mortgage action, the respondent Kott sought certain declarations that he had paid and discharged two mortgages on real property in favour of the corporate appellant. The questions involved in that action are not before the court upon this appeal but the long and careful judgment of the trial judge in which he granted the two declarations sought by Kott is most helpful in gaining an understanding of the facts which sur-

instance ne soit d'avis que la preuve présentée soulève une probabilité de son existence. Ce point de vue, bien établi, repose sur la proposition que l'immunité dont bénéficie le défendeur crée une présomption à l'encontre de la malice.

Jurisprudence: *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *Holliday v. McKim Advertising Limited*, inédit, Cour d'appel de l'Ontario; *Spill v. Maule* (1869), L.R. 4 Ex. 232; *Somerville v. Hawkins* (1851), 10 C.B. 583; *Sun Life Assurance Company of Canada et autres c. Dalrymple*, [1965] R.C.S. 302; *Taylor et al. v. Despard et al.*, [1956] O.R. 963; *Turner v. M-G-M Pictures Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un jugement de la Haute Cour qui condamnait l'intimé Kott à verser \$4,000 en dommages-intérêts. Pourvoi rejeté.

R. N. Starr, c.r., pour l'appelante.

Warren H. O. Mueller, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Pourvoi est interjeté d'un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un jugement de la Haute Cour qui condamnait l'intimé Kott à verser un montant de \$4,000 en dommages-intérêts.

En première instance et en Cour d'appel, la présente action, ci-après désignée l'action en diffamation, a été entendue en même temps qu'une autre action appelée l'action en décharge d'hypothèque. Les deux actions portent sur les mêmes faits et impliquent les mêmes parties mais le procès devant le juge Pennell s'est compliqué du fait que l'action en diffamation a été entendue devant jury alors que l'autre a été entendue par le juge seul.

Par cette autre action, l'intimé Kott cherchait à faire déclarer qu'il avait payé et acquitté les deux hypothèques prises sur un immeuble par la compagnie appelante. Les questions soulevées par cette action ne font pas l'objet du pourvoi, mais le jugement long et réfléchi du juge de première instance qui a accordé les deux déclarations que recherchait Kott est des plus utiles pour comprendre les faits sous-jacents à ces deux actions et les

round both actions and the somewhat complicated transactions between the parties. In his reasons for judgment, the trial judge found in Kott's favour on all significant matters of fact. These findings were abundantly supported in the evidence and in making factual references in the reasons which follow I have accepted them.

At all relevant times, the respondent Kott was a solicitor and the appellant Davies & Davies Limited was a company engaged in construction. One George Ross Davies, hereafter referred to as Davies, was the principal shareholder and manager of the company's affairs. Kott, in his dealings with the company, dealt with Davies personally and it is evident that the parties treated the actions and statements of Davies as the actions and statements of the company. During the spring of 1962 Kott, who had been acting as solicitor for the company since 1961, entered into an oral agreement with Davies which provided that the company would build a house for Kott and his wife. Kott agreed to purchase the land, pay the actual cost of construction plus a profit of \$2,500, and to render legal services to the company at a fair and reasonable charge. Kott procured the land and a first mortgage from an insurance company and the house was constructed by the Davies company.

The cost exceeded the estimates by a substantial amount and in January of 1963 Kott found himself owing a sum in the region of \$18,000 to Davies to complete payment for the house. He executed a mortgage upon the property in that amount second to the insurance company mortgage on January 31, 1963. The principal amount was due on December 31, 1963. When that date arrived, Kott was unable to meet the payment.

To meet his obligation on December 31, 1963, Kott would have been required to pay Davies \$17,356.66. This was the amount required by Davies and of which he notified Kott in December of 1963. The matter was settled by the delivery of a cheque for \$2,356.66 by Kott to Davies and by the execution and delivery to Davies by Kott and his wife of a new mortgage for \$15,000 covering the real property. The result of these transactions, as found by the trial judge in the mortgage action,

opérations quelque peu compliquées intervenues entre les parties. Dans ses motifs de jugement, le juge de première instance a donné gain de cause à Kott sur toutes les questions de fait importantes. Ces conclusions sont abondamment étayées par la preuve et en faisant certaines références aux faits dans les motifs qui suivent, je les ai admises.

A toutes les époques pertinentes, l'intimé Kott était avocat et l'appelante Davies & Davies Limited était une compagnie de construction. Un nommé George Ross Davies, ci-après appelé Davies, était le principal actionnaire et le directeur général de la compagnie. Dans ses rapports avec la compagnie, Kott traitait avec Davies personnellement et il est évident que les parties ne faisaient aucune distinction entre les faits et gestes de Davies et ceux de la compagnie. Au printemps de 1962, Kott, qui agissait comme procureur de la compagnie depuis 1961, a convenu oralement avec Davies que la compagnie construirait une maison pour sa femme et lui. Kott a consenti à acheter le terrain, à payer le coût réel de la construction plus un profit de \$2,500 et à rendre à la compagnie des services d'ordre juridique moyennant un coût juste et raisonnable. Kott s'est procuré le terrain et a obtenu d'une compagnie d'assurances une première hypothèque; la compagnie Davies a construit la maison.

Les prévisions ont été largement dépassées et, en janvier 1963, Kott devait environ \$18,000 à Davies. Le 31 janvier 1963, Kott a constitué sur l'immeuble une seconde hypothèque pour ce montant. Le montant principal était payable le 31 décembre 1963. Kott n'a pas pu respecter cette échéance.

Pour y arriver, Kott aurait été obligé de verser à Davies \$17,356.66. C'était le montant exigé par Davies qui en avait informé Kott en décembre 1963. En fin de compte, Kott a remis à Davies un chèque de \$2,356.66 et Kott et sa femme ont accordé à Davies une nouvelle hypothèque de \$15,000 grevant l'immeuble. Comme l'a constaté le juge de première instance dans l'action en décharge d'hypothèque, il résulte de ces opérations que l'hypothèque de \$18,000 qui, d'un commun

was that the \$18,000 mortgage which by agreement had not been registered was retired. The mortgage was not returned to Kott despite his request for it. It was also agreed that the \$15,000 mortgage would not be registered.

Relations between Kott and Davies deteriorated despite the apparent settlement of their affairs. Kott continued to perform legal services for Davies but the correspondence between them indicates differences on various matters including the question of the building of the house and payment therefor.

In March 1965, Kott received a letter dated March 16 from a solicitor named Mador in these terms:

Dear Sir:

Please be advised that I have arranged to purchase on behalf of my clients the second mortgage held by Davies & Davies Limited on your home. In order to complete this transaction I would respectfully request the within acknowledgment to be signed by you and your wife.

Yours very truly,
'Harold Mador'

There was at that time a balance owing on the \$15,000 mortgage of \$14,980 together with interest at 12 per cent per annum. Kott informed Mador by telephone that he would not sign the acknowledgment. Mador replied in writing that if the acknowledgment was not received he would apply to the court for an order. On March 22, 1965, as found by the trial judge, Kott wrote to Davies reciting the history of the transactions between them and demanding the return of the \$18,000 mortgage. Kott then received a letter from solicitors acting for Davies dated March 26, 1965, in these terms:

Re: Davies and Davies Limited
Charges to Kott

Please be advised that we have been retained to act in the above noted matter.

With respect to the \$18,000.00 Charge executed by you and your wife, in favour of Davies and Davies Limited, we have registered a caution No. A161285 at the Land Titles Office today, and I hereby notify you of the same.

accord, n'avait pas été enregistrée a été acquittée, mais l'acte n'a pas été remis à Kott bien qu'il en ait fait la demande. Il fut également convenu que l'hypothèque de \$15,000 ne serait pas enregistrée.

Les relations entre Kott et Davies se sont détériorées même si leur différend avait apparemment été réglé. Kott a continué à rendre à Davies des services d'ordre juridique mais la correspondance échangée indique des divergences d'opinion sur diverses questions, y compris la construction de la maison et le paiement de celle-ci.

En mars 1965, Kott a reçu la lettre suivante, datée du 16 mars, d'un procureur nommé Mador:

[TRADUCTION] Cher Monsieur,

Veuillez prendre note que j'ai convenu d'acheter au nom de mes clients la seconde hypothèque détenue par Davies & Davies Limited sur votre maison. Afin de parfaire cette opération, je demande respectueusement, à votre épouse et à vous-même, de signer l'acceptation ci-incluse.

Sincèrement vôtre,
«Harold Mador»

A ce moment-là, il restait à payer sur l'hypothèque de \$15,000 un montant de \$14,980 avec intérêt de 12 pour cent par année. Kott a informé Mador par téléphone qu'il ne signerait pas l'acceptation. Mador lui a répondu par écrit que s'il ne recevait pas l'acceptation il s'adresserait à la cour pour obtenir une ordonnance. Le 22 mars 1965, comme l'a constaté le juge de première instance, Kott a écrit à Davies pour lui faire l'historique des opérations conclues entre eux et lui demander de lui retourner l'acte d'hypothèque de 18,000. Kott a alors reçu des procureurs de Davies la lettre suivante, datée du 26 mars 1965:

[TRADUCTION] Objet: Davies & Davies Limited
Dettes hypothécaires de Kott

Veuillez prendre note que nos services ont été retenus dans l'affaire mentionnée ci-dessus.

Relativement à la dette hypothécaire de \$18,000 contractée par vous et votre épouse envers Davies & Davies Limited, nous avons enregistré aujourd'hui un avis portant le n° A161285 au bureau d'enregistrement des titres de biens-fonds et je vous en informe par les présentes.

Please direct all future correspondence concerning these mortgages to the attention of this writer, as both Mr. and Mrs. Davies have given me explicit instructions in this matter.

The receipt of this letter provoked two letters written by Kott which form the basis of the libel action. One letter, written to the solicitor Mador on March 30, 1965, contained an explanation of his dealings with Davies and also included these words:

Immediately upon receipt of this letter, I telephoned Mr. Somers who informed me that he was aware that this \$18,000.00 Charge was reduced to and replaced by the presently registered \$15,000.00 Charge but that nevertheless his clients asked him to register the \$18,000.00 Charge but was apparently unable to do so by virtue of some alleged defect in the Charge and instead registered the above Caution.

I have today sent a letter to Mr. Somers advising him that his client or clients had no legal right to even attempt to register the Charge or register the Caution and that in trying to register the Charge an attempt was made, in my opinion, to commit a fraud on my wife and myself and further in my opinion a fraud was committed by the registration of the Caution. You must agree that I cannot sign the acknowledgment under the above circumstances. I therefore hope that these matters can be cleared up very quickly so that I may comply with your request to sign the acknowledgment subject to any adjustments.

Yours very truly,

The other letter written on March 30, 1965, to Davies' solicitors repudiated any suggestion that Davies had any right to register the \$18,000 mortgage or the Caution in respect of it and went on to say:

This is therefore to advise you that unless your client removes the Caution registered against our property, within 10 days from the date hereof, legal action will be instated to remove the said Caution. It is my opinion that the attempt by your client to register a defunct mortgage (having been replaced by a smaller and registered mortgage) and indeed retaining it after oral and written demands for its return together with other documents, was an attempt by your client to commit a fraud on my wife and myself. And it is also my opinion that the registration of the Caution was a deliberate and carefully calculated fraud committed by your client.

Veuillez me faire parvenir toute correspondance ultérieure relative à ces hypothèques car M. et M^{me} Davies m'ont donné des directives claires à ce sujet.

En réponse à cette lettre, Kott a écrit deux lettres qui servent de fondement à l'action en diffamation. L'une, écrite au procureur Mador le 30 mars 1965, contient une explication de ses rapports avec Davies et comporte les propos suivants:

[TRADUCTION] Sur réception de cette lettre, j'ai téléphoné immédiatement à M. Somers qui m'a informé qu'il savait que cette hypothèque de \$18,000 était réduite et remplacée par l'hypothèque de \$15,000 actuellement enregistrée mais que néanmoins ses clients lui avaient demandé d'enregistrer l'hypothèque de \$18,000, mais il ne pouvait apparemment pas le faire parce que l'acte était défectueux et il a plutôt enregistré l'avis ci-dessus mentionné.

J'ai envoyé aujourd'hui à M. Somers une lettre l'informant que son ou ses client(s) n'avaient même pas le droit de tenter d'enregistrer l'hypothèque ou l'avis et qu'en tentant d'enregistrer l'hypothèque ils tentaient, à mon avis, de commettre une fraude au détriment de mon épouse et de moi-même et, selon moi, l'enregistrement de l'avis constitue une fraude. Vous devez admettre que, dans ces circonstances, je ne peux signer l'acceptation. J'espère donc que ces affaires seront tirées au clair très rapidement afin que je puisse me conformer à votre demande de signer l'acceptation sous réserve de correction du montant.

Sincèrement vôtre,

L'autre lettre, écrite le 30 mars 1965 aux procureurs de Davies, rejetait toute idée que Davies ait le droit d'enregistrer l'hypothèque de \$18,000 ou l'avis la concernant et ajoutait:

[TRADUCTION] La présente a donc pour but de vous informer qu'à moins que votre client ne retire l'avis enregistré contre notre propriété dans les dix jours qui suivent, des procédures judiciaires seront instituées pour le faire radier. J'estime que la tentative de votre client d'enregistrer une hypothèque éteinte (elle a été remplacée par une hypothèque moins élevée et enregistrée), tout comme le fait de la retenir malgré des demandes orales et écrites de la remettre avec d'autres documents, constitue une tentative de commettre une fraude au détriment de mon épouse et de moi-même. Je crois également que l'enregistrement de l'avis constituait une fraude commise délibérément et minutieusement calculée par votre client.

Once again I request the return of all documents pertaining to the house and especially the \$18,000.00 Charge and the Transfer.

Yours very truly,

Davies admitted receiving the letter of March 30, 1965, in the month of April 1965. He did not deny any of the statements made in it.

Relations between the parties continued to deteriorate but Kott made substantial payments on the \$15,000 mortgage and finally arranged to pay it off. Davies, however, applied funds paid by Kott in respect of the \$15,000 mortgage against the \$18,000 mortgage and when Kott attempted to procure a discharge of the \$15,000 mortgage he was informed by Davies that he would be required to pay a sum in excess of \$14,000 to discharge his obligation on the \$15,000 mortgage. It is clear from the evidence that Davies had given Kott good reason to believe that the payments he had made on the \$15,000 mortgage were credited against the liability under that mortgage and, as the trial judge found in the mortgage action, the appropriation of funds to the \$18,000 mortgage was improper. It can be readily understood that Kott was angered at this development. On February 26, 1968, shortly after receiving Davies' letter advising of his continuing obligation in respect of the \$15,000 mortgage, Kott commenced the mortgage action. On February 18, 1969, Davies commenced the libel action, some four years after the publication of the letters.

The trial judge found the letters were capable of conveying a defamatory meaning and that they were written on occasions of qualified privilege. He said:

I understand the law to be as stated by Lord Atkinson in *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 at p. 334:

A privileged occasion is . . . an occasion when 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.

Encore une fois, je demande la remise de tous les documents afférents à la maison et particulièrement l'hypothèque de \$18,000 et le titre.

Sincèrement vôtre,

Davies a admis avoir reçu la lettre du 30 mars 1965 au cours du mois d'avril 1965. Il n'a contesté aucune des affirmations qu'elle contient.

Les relations entre les parties ont continué à se détériorer mais Kott a fait des versements importants sur l'hypothèque de \$15,000 pour finalement l'acquitter. Mais Davies a appliqué à l'hypothèque de \$18,000 les paiements de Kott destinés à acquitter l'hypothèque de \$15,000 et lorsque Kott a tenté d'obtenir une quittance de l'hypothèque de \$15,000, Davies l'a informé qu'il devait payer une somme de plus de \$14,000 pour acquitter l'hypothèque de \$15,000. La preuve montre clairement que Davies avait donné à Kott de bonnes raisons de croire que les versements faits sur l'hypothèque de \$15,000 avaient été appliqués à cette obligation et, comme l'a constaté le juge de première instance dans l'action en décharge d'hypothèque, l'imputation des fonds à l'hypothèque de \$18,000 était malhonnête. La colère de Kott était compréhensible. Le 26 février 1968, peu après avoir reçu la lettre de Davies lui disant qu'il avait encore une obligation relative à l'hypothèque de \$15,000, Kott a institué l'action en décharge d'hypothèque. Le 18 février 1969, Davies a institué l'action en diffamation, soit près de quatre ans après la réception des lettres.

Le juge de première instance a conclu que les lettres pouvaient avoir une portée diffamatoire et qu'elles avaient été écrites dans des circonstances justifiant l'immunité relative. Il a dit:

[TRANSLATION] Je crois que lord Atkinson, dans l'arrêt *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 à la p. 334, a énoncé l'état du droit:

Les circonstances justifiant l'immunité relative sont . . . des circonstances où la personne qui donne des renseignements a un intérêt à les donner à la personne à qui elle les fournit ou une obligation légale, sociale ou morale de le faire et la personne qui les reçoit a un intérêt corrélatif à les recevoir ou une obligation corrélatrice de le faire. Cette réciprocité est essentielle.

He was of the opinion that there was some evidence of malice and he left that question to the jury. He further said:

I should not try excess of language in too nice scales, but I think that the language used by the defendant, together with the extrinsic evidence, was some evidence to go to the jury. This being my respectful opinion it is not for me to weigh the evidence. It was for the jury to decide whether they were satisfied that in publishing the libels the defendant was in fact giving effect to his malicious or unwarrantable feelings toward the plaintiff and was not merely using the occasion for the protection of the interests of himself and his wife. The jury have made a finding of express malice.

In the Ontario Court of Appeal, no complaint was made of the charge to the jury. Estey, C.J.O., (as he then was) speaking for the court relied upon an unreported decision of that court, *Holliday v. McKim Advertising Limited et al.*, wherein it had been held that the question of malice should not be put to the jury unless the trial judge considered that there was evidence raising a probability of malice. He then reviewed the evidence and concluded that there was no such evidence justifying submission of the question to the jury. Accordingly the appeal was allowed.

The only argument of significance raised before this Court concerned the test to be applied by a trial judge in deciding whether the question of express malice should be left to the jury. The question confronting the Court may be stated in this way:

- (1) Must a trial judge, where libellous words have been published on an occasion of qualified privilege, leave the question of the existence of express malice to the jury without weighing the evidence adduced when there is, in his view, some evidence of express malice? or
- (2) Is the trial judge obligated to put the question of express malice to the jury only where, in his view, there is sufficient evidence to raise a probability of the existence of malice?

The relationship between a judge and a jury in dealing with issues of fact is generally clear and

Il était d'avis qu'il y avait des éléments de preuve de malice et il a laissé le jury répondre à cette question. Il ajouta:

[TRADUCTION] Je ne dois pas juger l'excès de langage à partir de normes trop méticuleuses, mais je crois que le langage employé par le défendeur, joint aux éléments de preuve extrinsèques, constitue une certaine preuve qui doit être soumise au jury. Dans cette optique, je n'ai donc pas à l'évaluer. Le jury doit décider s'il est convaincu que le défendeur, en publiant les diffamations, exprimait des sentiments malicieux et injustifiables envers le demandeur et ne profitait pas simplement de l'occasion pour protéger ses intérêts et ceux de sa femme. Le jury a conclu à l'existence de malice explicite.

Devant la Cour d'appel de l'Ontario, l'exposé du juge au jury n'a pas fait l'objet de critique. Le juge en chef de l'Ontario, le juge Estey (tel était alors son titre), parlant au nom de la cour, s'est fondé sur une décision non publiée de ladite cour, *Holliday v. McKim Advertising Limited et al.*, où on a statué que la question de la malice ne devait pas être soumise au jury à moins que le juge de première instance n'estime que la preuve laisse croire à une probabilité de malice. Il a alors examiné la preuve et conclu qu'aucune preuve ne justifiait de soumettre la question au jury. En conséquence, l'appel a été accueilli.

Le seul argument d'importance soulevé devant cette Cour se rapporte au critère que doit appliquer un juge de première instance pour décider si la question de la malice explicite doit être laissée à l'appréciation du jury. Les questions auxquelles fait face la Cour peuvent être formulées ainsi:

- (1) Un juge de première instance, lorsque des propos diffamatoires ont été publiés dans des circonstances justifiant l'immunité relative, doit-il laisser la question de l'existence de malice explicite à l'appréciation du jury sans évaluer lui-même la preuve présentée lorsqu'il existe, à son avis, une certaine preuve de malice explicite? ou
- (2) Le juge de première instance est-il tenu de soumettre la question de malice explicite au jury seulement lorsqu'à son avis, il existe une preuve suffisante pour soulever la probabilité de l'existence de malice?

La relation entre un juge et un jury dans l'examen des questions de fait est généralement claire

well established. Ordinarily a judge sitting with a jury is not concerned with the weight of evidence. If he concludes that there has been adduced admissible evidence going in proof of the fact in issue, he must leave it to the jury. It is then the function of the jury upon weighing the evidence to accord it such effect as it may consider appropriate. This rule while one of general utility must be modified in a case of this kind. Where words are spoken on occasion of qualified privilege, the question of malice should not be put to the jury unless the trial judge is of the opinion that the evidence adduced raises a probability of its existence.

This view is well rooted in authority in England, Canada and other Commonwealth jurisdictions. It rests upon the proposition that the privilege of which the defendant has the benefit creates a presumption against malice. In this context, the word "malice" is used to connote malice in fact, actual malice, or express malice which goes beyond the malice ordinarily presumed upon the mere publication of libellous words. More than a mere possibility of malice must therefore be shown to override the privilege upon which it has been said rests the protection of many honest transactions in the daily conduct of human affairs. By according the privilege, the law recognizes the need to enable the defendant to protect his legitimate interests. He is, in this respect, in a preferred position vis-à-vis the plaintiff where the privilege exists. For this reason the question of the existence of express malice, which alone would destroy the privilege, should not be left to the jury unless a probable case is made for it. The presumption would be meaningless if the merest scintilla of evidence would suffice to displace it. From very early times, in cases such as *Spill v. Maule*¹, and *Somerville v. Hawkins*², this proposition has been stated. In the *Somerville* case, one which is frequently cited, Wilde C.J. said at p. 590:

We think, therefore, the communication in question was privileged, i.e., it was made under circumstances which rebut the presumption of malice, which would otherwise arise from the nature of the words used. That presumption being rebutted, it was for the plaintiff to

et bien établie. Ordinairement, un juge siégeant avec jury n'a rien à voir au poids de la preuve. S'il conclut qu'il y a de la preuve admissible d'un fait en litige, il doit laisser au jury le soin de l'apprécier. C'est alors le rôle du jury de lui accorder la valeur qui lui semble appropriée. Bien que d'usage général, cette règle doit être modifiée dans un cas de ce genre. Lorsque les propos sont prononcés dans des circonstances justifiant l'immunité relative, la question de la malice ne doit pas être soumise au jury à moins que le juge de première instance ne soit d'avis que la preuve présentée soulève une probabilité de son existence.

Ce point de vue est bien établi en Angleterre, au Canada et dans d'autres pays du Commonwealth. Il repose sur la proposition que l'immunité dont bénéficie le défendeur crée une présomption à l'encontre de la malice. Dans ce contexte, le mot «malice» vise la malice de fait, la malice réelle ou explicite qui va plus loin que la malice ordinairement présumée à la suite de la simple communication de propos diffamatoires. Il faut donc démontrer qu'il existe plus qu'une simple possibilité de malice pour écarter l'immunité sur laquelle repose, dit-on, la protection de beaucoup d'opérations honnêtes qui se font chaque jour. En accordant cette immunité, la loi reconnaît la nécessité de permettre au défendeur de protéger ses intérêts légitimes. De ce point de vue, il est, lorsque l'immunité existe, dans une position plus avantageuse que le demandeur. Pour ce motif, la question de l'existence de malice explicite, qui seule peut détruire l'immunité, ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury sauf si on établit la probabilité de son existence. La présomption n'aurait aucun sens si le plus infime élément de preuve pouvait la renverser. Depuis très longtemps, cette proposition a été énoncée dans des arrêts comme *Spill v. Maule*¹, et *Somerville v. Hawkins*². Dans l'arrêt *Somerville* fréquemment cité, le juge en chef Wilde a dit (à la p. 590):

[TRADUCTION] Nous pensons donc que la communication en cause jouissait de l'immunité, c'est-à-dire qu'elle a été faite dans des circonstances qui détruisent la présomption de malice qui autrement naîtrait de la nature des termes employés. La présomption ayant dis-

¹ (1869), L.R. 4 Ex. 232.

² (1851), 10 C.B. 583.

¹ (1869), L.R. 4 Ex. 232.

² (1851), 10 C.B. 583.

show affirmatively that the words were spoken maliciously; for, the question, being one the affirmative of which lies on the plaintiff, must, in the absence of evidence, be determined in favour of the defendant.

And later on the same page:

It is certainly not necessary, in order to enable a plaintiff to have the question of malice submitted to the jury, that the evidence should be such as necessarily leads to the conclusion that malice existed, or that it should be inconsistent with the non-existence of malice; but it is necessary that the evidence should raise a probability of malice, and be more consistent with its existence than with its non-existence.

This principle is succinctly stated in *Gatley on Libel and Slander*, 7th ed., p. 342, para. 791, and more significantly the question was recently dealt with in this Court in *Sun Life Assurance Company of Canada et al. v. Dalrymple*³, where Spence J., speaking for himself, Cartwright, Martland and Ritchie JJ., said at pp. 309-310:

Firstly, it must be determined what evidence of malice is sufficient to go to the jury. Whether the defendant was actuated by malice is, of course, a question of fact for the jury but whether there is any evidence of malice fit to be left to the jury is a question of law for the judge to determine: *Gatley*, op.cit. p. 272; *Adam v. Ward*, supra, per Lord Finlay L.C. at p. 318:

Roach J.A. in *Taylor et al. v. Despard et al.*, [1956] O.R. 963, at p. 978 said:

The law is well settled that in order to enable a plaintiff to have the question of malice submitted to the jury—and I am of course dealing only with occasions of qualified privilege—it is necessary that the evidence should raise a probability of malice and be more consistent with its existence than with its non-existence and that there must be more than a mere scintilla of evidence.

This would seem to be supported by other authorities.

In *Turner v. M-G-M Pictures, Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449, Lord Oaksey said at p. 470:

Did the appellant prove that it was more probable than not that the respondents were actuated by malice?

And Lord Porter said at p. 455:

³ [1965] S.C.R. 302.

paru, il incombe au demandeur de démontrer que les propos ont été tenus avec malice; la question doit donc, en l'absence de preuve, être tranchée en faveur du défendeur.

Plus loin, à la même page:

[TRADUCTION] Il n'est certes pas nécessaire, pour permettre au demandeur de faire soumettre au jury la question de la malice, que la preuve amène nécessairement à conclure à l'existence de malice, ou qu'elle soit inconciliable avec l'inexistence de malice; mais il est nécessaire que la preuve soulève une probabilité de malice et soit plus compatible avec son existence que son inexistence.

Ce principe a été énoncé succinctement dans *Gatley on Libel and Slander*, 7^e éd, p. 342, par. 791, et la question a été traitée récemment par cette Cour dans l'arrêt *Sun Life Assurance Company of Canada et autres c. Dalrymple*³, où le juge Spence, parlant en son nom et au nom des juges Cartwright, Martland et Ritchie, a dit (aux pp. 309 et 310):

[TRADUCTION] Premièrement, il faut préciser quelle preuve de malice est suffisante pour soumettre la question au jury. La question de savoir si le défendeur était animé par la malice est une question de fait qui relève du jury, mais la question de savoir s'il existe une preuve de malice propre à être laissée à l'appréciation du jury est une question de droit que le juge doit trancher: *Gatley*, op. cit. p. 272; *Adam v. Ward*, précité, motifs de lord Finlay L.C., à la p. 318:

Dans l'arrêt *Taylor et al. v. Despard et al.*, [1956] O.R. 963, à la p. 978, le juge d'appel Roach a dit:

Il est bien établi en droit que pour permettre au demandeur de soumettre la question de malice au jury—je ne parle ici que des circonstances justifiant l'immunité relative—it est nécessaire que la preuve soulève la probabilité de malice et soit plus compatible avec son existence qu'avec son inexistence et qu'il y ait plus qu'un simple soupçon de preuve.

Ceci semble être étayé par d'autres arrêts.

Dans l'arrêt *Turner v. M-G-M Pictures, Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 449., lord Oaksey a dit (à la p. 470):

L'appellant a-t-il établi qu'il est plus probable que les intimés aient été animés par la malice?

Et lord Porter a affirmé, à la p. 455:

³ [1965] S.C.R. 302.

No doubt, the evidence must be more consistent with malice than with an honest mind, but this does not mean that all the evidence adduced of malice towards the plaintiff on the part of the defendant must be set against such evidence of a favourable attitude towards him as has been given and the question left to, or withdrawn from, the jury by ascertaining which way the scale is tipped when they are weighed in the balance one against the other. On the contrary, each piece of evidence must be regarded separately, and, even if there is a number of instances where a favourable attitude is shown, one case tending to establish malice would be sufficient evidence on which a jury could find for the plaintiff.

Counsel argued that the trial judge, and later the Court of Appeal, was under an obligation to examine all the evidence of malice, both intrinsic, to be found in the words used, and extrinsic, to be found in the surrounding circumstances. He argued on the basis of Lord Porter's words from the *Turner v. M.G.M.* case, cited, *supra*, by Spence J. in the *Sun Life* case that each piece of evidence must be considered separately because one piece of evidence tending to show malice could be sufficient. Reference was made to the words of Spence J. in the *Sun Life* case at p. 310 where he said:

Moreover, as Lord Porter pointed out in the judgment quoted and adopted by Cartwright J. in *Jerome v. Anderson*, *supra*, at p. 299, one piece of evidence tending to establish malice is sufficient evidence on which a jury could find for the plaintiff and therefore if more than a mere scintilla, it should be submitted to the jury for its finding of fact.

I cannot accept the argument that the Court of Appeal did not review the evidence in detail. While I accept as correct Lord Porter's words referred to above and those of Spence J. last quoted, they do not mean that one piece of evidence of whatever weight may be sufficient to overcome the presumption against malice raised by the privilege. One piece of evidence may be sufficient provided that it is by itself of sufficient weight to raise a probability of the existence of malice.

A review of the evidence in this case led the trial judge to conclude that there was some evidence of

Il ne fait aucun doute que la preuve doit être davantage compatible avec la malice qu'avec la bonne foi, mais cela ne veut pas dire que toute la preuve de malice de la part du défendeur présentée par le demandeur doit être opposée à la preuve d'une attitude favorable à son égard telle qu'elle a été faite et que la question doit être laissée à l'appréciation du jury ou lui être retirée quand le juge a déterminé, après comparaison des deux preuves, de quel côté penche la balance. Au contraire, chaque élément de preuve doit être considéré séparément et, même si dans plusieurs cas une attitude favorable est démontrée, un seul cas qui tend à établir la malice suffit pour permettre au jury de donner gain de cause au demandeur.

On a prétendu à l'audition que le juge de première instance, et plus tard la Cour d'appel, étaient tenus d'examiner tous les éléments de preuve de malice, tant intrinsèques, soit ce que révèlent les termes utilisés, qu'extrinsèques, soit ce qui provient des circonstances afférentes. On se fonde sur les motifs de lord Porter dans l'arrêt *Turner v. M.G.M.*, précité, cités par le juge Spence dans l'arrêt *Sun Life*, que chaque élément de preuve doit être considéré séparément parce qu'un seul élément tendant à démontrer la malice suffit. On a cité les propos du juge Spence dans l'arrêt *Sun Life* (p. 310):

[TRADUCTION] En outre, comme l'a souligné lord Porter dans l'arrêt adopté et cité par le juge Cartwright dans l'arrêt *Jerome v. Anderson*, précité, à la p. 299, un seul élément de preuve tendant à établir la malice suffit pour permettre au jury de donner gain de cause au demandeur et, par conséquent, s'il y a plus qu'un simple soupçon de preuve, elle doit être soumise au jury pour qu'il conclue sur ce fait.

Je ne peux admettre l'argument que la Cour d'appel n'a pas examiné la preuve en détail. Même si les propos de lord Porter et du juge Spence cités précédemment me paraissent justes, ils ne signifient pas qu'un seul élément de preuve, quelle qu'en soit la valeur, peut suffire à renverser la présomption que crée l'immunité à l'encontre de la malice. Un seul élément de preuve peut suffire à la condition qu'il ait par lui-même suffisamment de poids pour soulever une probabilité d'existence de malice.

Un examen de la preuve en l'espèce a amené le juge de première instance à conclure qu'il existait

malice. As I have said, in this he was applying the wrong test. The question for his determination was whether there was sufficient evidence to raise a probability of malice. I agree with the Court of Appeal in its findings that no such evidence did exist. It must be remembered that the letters complained of were written by Kott in the asserted belief that they were true and after he had concluded that Davies was acting in breach of his contract and threatening the investment that Kott and his wife had built up in the house. I am unable to say that there is anything in what he wrote which could go beyond mere excess of language and which could amount to such evidence of malice that it should have been left to the jury. Words published in these circumstances must not be weighed too delicately in considering the intent and motives of the writer. Lord Atkinson in *Adam v. Ward*, *supra*, said at p. 339:

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

Kott pleaded and asserted an honest belief in the truth of what he wrote in the letters complained of. He was surely entitled to warn the solicitor Mador that he and Davies were in conflict and to thus take an early step toward self-protection. He was certainly entitled to put his position, later found supportable by the trial judge in the mortgage action, to Davies and if fraud was a hard word to use in each situation it appears that it was not far off the mark and on the whole of the evidence, even though a justification was not pleaded, it is reasonable to accept Kott's assertion of honest belief. This is a vital point in Kott's favour. See *Horrocks v. Lowe*⁴, and particularly Lord Diplock, pp. 149-150:

une certaine preuve de malice. Comme je l'ai dit, il appliquait ainsi le mauvais critère. Il devait se demander si la preuve était suffisante pour soulever une probabilité de malice. Je suis d'accord avec la Cour d'appel qui a statué qu'il n'y avait aucune preuve en ce sens. On doit se rappeler que les lettres qui font l'objet de l'action ont été écrites par Kott, persuadé de leur véracité et convaincu que Davies avait violé son contrat et mis en péril l'investissement que lui-même et son épouse avaient fait en achetant la maison. Je ne puis dire que ce qu'il a écrit dépasse le simple excès de langage et peut équivaloir à une preuve de malice qui doit être laissée à l'appréciation du jury. Les propos écrits dans ces circonstances ne doivent pas être évalués trop minutieusement en considérant l'intention et le mobile de l'auteur. Dans l'arrêt *Adam v. Ward*, précité, lord Atkinson a dit (p. 339):

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

Kott a fait valoir et soutenu qu'il croyait honnêtement à la véracité de ce qu'il a écrit dans les lettres qui sont à l'origine de l'action. Il avait sûrement le droit de prévenir le procureur Mador que lui et Davies étaient en désaccord et de prendre rapidement des mesures pour se protéger. Il pouvait faire connaître à Davies sa position, plus tard jugée soutenable par le juge de première instance dans l'action en décharge d'hypothèque, et si le mot fraude est assez dur dans chaque cas, il appert que Kott n'était pas loin de la vérité et, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il est raisonnable, même si Kott n'a pas plaidé justification, d'accepter l'affirmation de sa conviction honnête. C'est un point crucial en sa faveur. Voir l'arrêt *Horrocks v. Lowe*⁴, et particulièrement lord Diplock (aux pp. 149 et 150):

⁴ [1975] A.C. 135.

⁴ [1975] A.C. 135.

The motive with which a person published defamatory matter can only be inferred from what he did or said or knew. If it be proved that he did not believe that what he published was true this is generally conclusive evidence of express malice, for no sense of duty or desire to protect his own legitimate interests can justify a man in telling deliberate and injurious falsehoods about another, save in the exceptional case where a person may be under a duty to pass on, without endorsing, defamatory reports made by some other person.

Apart from those exceptional cases, what is required on the part of the defamer to entitle him to the protection of the privilege is positive belief in the truth of what he published or, as it is generally though tautologously termed, "honest belief".

Lord Diplock continued at p. 151:

Qualified privilege would be illusory, and the public interest that it is meant to serve defeated, if the protection which it affords were lost merely because a person, although acting in compliance with a duty or in protection of a legitimate interest, disliked the person whom he defamed or was indignant at what he believed to be that person's conduct and welcomed the opportunity of exposing it. It is only where his desire to comply with the relevant duty or to protect the relevant interest plays no significant part in his motives for publishing what he believes to be true that "express malice" can properly be found.

I can reach no other conclusion on the evidence than that Kott in writing as he did was actuated by a desire, indeed a determination, to protect the interest which he and his wife had acquired in the house. I agree with the Court of Appeal that on the proper test there was no sufficient evidence to go to the jury on the issue of express malice.

For these reasons, I am of the opinion that the appeal should be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Outerbridge, Manning & Mueller, Toronto.

Solicitor for the respondent: M. M. Orkin, Toronto.

[TRANSLATION] Le motif qui incite une personne à des mots diffamatoires ne peut s'inférer que de ce qu'elle a fait, de ce qu'elle a dit ou de ce qu'elle savait. S'il est établi qu'elle ne croyait pas à la véracité de ce qu'elle a déclaré, cela constitue généralement une preuve concluante de malice explicite, car aucun sens du devoir ou désir de protéger ses propres intérêts légitimes ne peut autoriser une personne à mentir délibérément ou injustement au sujet d'une autre, sauf, exceptionnellement, lorsqu'une personne est tenue de transmettre, sans les endosser, les propos diffamatoires d'une autre personne.

Cette exception mise à part, le diffamateur doit, pour bénéficier de l'immunité, croire vraiment à la véracité de ce qu'il a déclaré ou, selon l'expression usuelle quoique tautologique, avoir une «conviction honnête».

Il a poursuivi en disant (p. 151):

[TRANSLATION] L'immunité relative serait illusoire, et l'intérêt public qu'elle est censée protéger, contrarié, si la protection qu'elle offre était écartée simplement parce qu'une personne, même si elle agissait en vue de respecter une obligation ou de protéger un intérêt légitime, détestait la personne diffamée ou était indignée de ce qu'elle croyait être sa conduite et profitait de l'occasion de la rendre publique. Ce n'est que lorsque son désir de respecter l'obligation pertinente ou de protéger l'intérêt approprié ne joue pas un rôle important dans sa décision de déclarer ce qu'elle croit être vrai, qu'on peut à juste titre conclure qu'il y a «malice explicite».

Compte tenu de la preuve, je ne peux que conclure que Kott, en écrivant les lettres en cause, était animé par le désir, en fait la détermination, de protéger les droits que sa femme et lui avaient acquis dans la maison. Je partage l'opinion de la Cour d'appel que, suivant le critère approprié, la preuve n'était pas suffisante pour soumettre au jury la question de malice explicite.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi réjeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Outerbridge, Manning & Mueller, Toronto.

Procureur de l'intimé: M. M. Orkin, Toronto.