

A-828-76

A-828-76

William (Billy) Solosky (Appellant)

v.

The Queen (Respondent)

Court of Appeal, Heald and Urie JJ. and MacKay D.J.—Toronto, March 23 and April 10, 1978.

Prerogative writs — Application for declaration claiming solicitor and client privilege of correspondence — Correspondence between inmate and solicitor being opened and read by prison authorities — Whether or not a declaration should issue declaring all properly identified correspondence between solicitor and client privileged, or at least declaring all properly identified correspondence of a solicitor-client nature privileged.

Appellant appeals the Trial Division's dismissal of his action seeking a declaration that properly identified items of correspondence directed to and received from his solicitor should be regarded as privileged correspondence, and should be forwarded unopened. In this Court, the request for a declaration was amended so as to apply only to properly identified items of solicitor-client correspondence. Respondent contends that appellant, on the facts, is not entitled to the declaration as originally expressed, or as amended, and submits that appellant by committing a crime had brought on himself the restrictions on rights ordinarily enjoyed by citizens.

Held, the appeal is dismissed. Such a declaration would extend considerably the ambit of the solicitor-client privilege as it is generally known and understood. The Trial Judge's reasons are correct. Quite apart from the question as to whether the appellant's right to claim the solicitor-client privilege has been restricted or taken from him by his incarceration in a federal penitentiary, to grant the declaration sought would give this appellant an extension to the privilege afforded to the ordinary citizen. It is not necessary to deal with respondent's second submission.

R. v. Bencardino (1974) 2 O.R. (2d) 351, agreed with. *O'Shea v. Wood* [1891] L.R. (P.D.) 286, followed.

APPEAL.

COUNSEL:

D. Cole and *A. S. Manson* for appellant.
E. A. Bowie and *J. P. Malette* for respondent.

William (Billy) Solosky (Appellant)

c.

^a **La Reine (Intimée)**

Cour d'appel, les juges Heald et Urie et le juge suppléant MacKay—Toronto, le 23 mars et le 10 avril 1978.

Brefs de prérogative — Demande visant l'obtention d'un jugement qui déclarerait privilégiée la correspondance entre un avocat et son client — La correspondance entre le détenu et son avocat ouverte et lue par les autorités de la prison — La Cour doit-elle rendre un jugement qui déclarerait privilégiée toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client ou un jugement qui, au moins, déclarerait privilégiée toute la correspondance valablement identifiée comme étant de la nature d'une communication entre un avocat et son client.

^d L'appellant interjette appel du rejet, par la Division de première instance, de son action qui avait pour objet de faire déclarer que la correspondance valablement identifiée comme adressée à son avocat et reçue de ce dernier soit considérée comme communication privilégiée et soit transmise sans être ouverte. La demande visant l'obtention d'un jugement déclaratoire a été modifiée devant la présente cour de façon à s'appliquer seulement à la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client. L'intimée fait valoir que l'appellant, compte tenu des faits, n'a pas droit au jugement déclaratoire tel que sollicité dans la déclaration initiale, ou dans la déclaration modifiée, et allègue que l'appellant, en commettant un crime, a lui-même restreint les droits dont jouissent habituellement les citoyens.

^e *Arrêt*: l'appel est rejeté. Un tel jugement élargirait de façon considérable la portée du privilège existant entre un avocat et son client tel qu'on le connaît et le comprend. Les motifs de jugement du juge de première instance sont bien fondés. Indépendamment de la question de savoir si le droit de l'appellant d'invoquer le privilège existant entre un avocat et son client a été limité ou lui a été enlevé par le fait de son incarcération dans un pénitencier fédéral, le fait d'accorder le jugement déclaratoire sollicité équivaudrait à étendre, à l'appellant, le privilège accordé au citoyen ordinaire. Il n'est pas nécessaire de traiter du second argument de l'intimée.

^f Arrêt approuvé: *R. c. Bencardino* (1974) 2 O.R. (2^e) 351. Arrêt suivi: *O'Shea c. Wood* [1891] L.R. (P.D.) 286.

ⁱ APPEL.

AVOCATS:

^j *D. Cole* et *A. S. Manson* pour l'appellant.
E. A. Bowie et *J. P. Malette* pour l'intimée.

SOLICITORS:

D. Cole, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.: The appellant is an inmate of Millhaven Penitentiary. Because it was his opinion that the appellant's conduct, activities and attitude were such that attention should be paid to his incoming and outgoing correspondence, the Director of Millhaven ordered that the appellant's mail be opened and read. This order has been applied to mail from the appellant to his solicitor and from the solicitor to him. Those letters which were and are deemed to be significant with respect to the security of the institution were and are being brought to the attention of the Director of the institution.

The appellant commenced an action in the Trial Division of this Court for a declaration: "... that properly identified items of correspondence directed to and received from his solicitor shall henceforth be regarded as privileged correspondence and shall be forwarded to their respective destinations unopened; ...". That action was dismissed by a judgment in the Trial Division [[1977] 1 F.C. 663]. In this Court, in their oral arguments and in their memorandum, appellant's counsel amended their request for a declaration to: "... that henceforth all properly identified items of solicitor-client correspondence should be forwarded to their respective destinations unopened."

In support of the decision of the learned Trial Judge, counsel for the respondent made two basic submissions. The first submission was to the effect that the appellant, on the facts of this case, was not entitled to a declaration in the terms sought either in the statement of claim or in the more restricted terms set out in the memorandum filed in this Court and referred to *supra*. The second submission was that the appellant, by committing a crime, had brought on himself, by his own deeds, restrictions on the rights which citizens generally in this country customarily enjoy except to the extent that those rights are preserved to inmates of penitentiaries by the *Penitentiary Service Regulations* and the *Canadian Bill of Rights* and that neither the *Penitentiary Service Regulations* nor

PROCUREURS:

D. Cole, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE HEALD: L'appelant est un détenu du pénitencier de Millhaven. Parce que le directeur de l'établissement de Millhaven était d'avis que la conduite, les activités et l'attitude de l'appelant justifiaient une surveillance de son courrier d'arrivée et de départ, il a ordonné que son courrier soit ouvert et lu. Cette ordonnance s'étendait au courrier expédié par l'appelant à son avocat ou reçu de ce dernier. Les lettres qui ont été et qui sont réputées présenter un intérêt pour ce qui est de la sécurité de l'établissement ont été et sont actuellement portées à l'attention du directeur de l'établissement.

L'appelant a engagé des procédures en Division de première instance de cette cour pour obtenir un jugement qui déclarerait «... que la correspondance valablement identifiée comme adressée à son avocat et reçue de ce dernier soit désormais considérée comme communication privilégiée et soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte; ...». La Division de première instance a rejeté cette action [[1977] 1 C.F. 663]. En appel, les procureurs de l'appelant ont modifié leurs arguments oraux et leur mémoire afin d'obtenir un jugement qui déclarerait que «... désormais, toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte.»

A l'appui de la décision du savant juge de première instance, l'avocat de l'intimée a fait valoir deux arguments fondamentaux. Le premier porte que l'appelant, compte tenu des faits en l'espèce, n'a pas droit au jugement déclaratoire tel que sollicité dans la déclaration ou, en termes plus restreints, dans le mémoire déposé devant la présente cour, auquel j'ai fait référence ci-haut. Le second argument fait valoir, d'une part, que l'appelant, en commettant un crime, a lui-même, par ses propres actes, restreint les droits dont jouit habituellement la majorité des citoyens de ce pays à l'exception de ceux laissés aux détenus de pénitenciers en vertu du *Règlement sur le service des pénitenciers* et de la *Déclaration canadienne des droits* et, d'autre part, que ni le *Règlement sur le*

the *Canadian Bill of Rights* operates so as to entitle the appellant to the declaration sought.

Since, in my view, the first submission of the respondent is well-founded, I would dismiss the appeal on this basis. On that view of the matter, it is not necessary to deal with the second basic submission of the respondent.

Dealing with the first submission, the appellant is asking for a declaration that all correspondence between the appellant and his solicitor be declared privileged and be delivered to the addressee unopened. In my view, such a declaration would extend considerably the ambit of the solicitor-client privilege as it is generally known and understood. The learned Trial Judge dealt with this matter effectively and accurately in his reasons at pages 668-669 as follows:

In the case of the ordinary citizen, the privilege does not exist merely because the communication is between a solicitor and his client. The seeking or giving of legal advice must be the object of the communication and it is privileged only to that extent; see *Regina v. Bencardino* ((1974) 2 O.R. (2d) 351) at page 358:

Not every communication by a client to his solicitor is privileged. To be privileged the communication must be made in the course of seeking legal advice and with the intention of confidentiality. As stated by *Wigmore on Evidence*, 3rd ed. (1940), vol. 8, s. 2311:

No express request for secrecy, to be sure, is necessary. But the mere relation of attorney and client does not raise a presumption of confidentiality, and the circumstances are to indicate whether by implication the communication was of a sort intended to be confidential. These circumstances will of course vary in individual cases, and the ruling must therefore depend much on the case in hand.

In my opinion the new trial Judge should conduct a *voir dire* as to what Quaranta said to Mr. Greenspan and if it appears that Quaranta was not seeking legal advice but rather relief from intimidation in prison or if it appears that he expressly or impliedly authorized Mr. Greenspan to divulge his plight to the authorities then I think Mr. Greenspan can be required to testify before the jury as to what Quaranta said to him in that connection.

See also *O'Shea v. Wood* ([1891] L.R. (P.D.) 286) at page 289:

Letters are not necessarily privileged because they pass between solicitor and client; in order to be privileged, there must be a professional element in the correspondence.

service des pénitenciers ni la *Déclaration canadienne des droits* n'ont d'effet de manière à donner à l'appellant droit au jugement déclaratoire sollicité.

Je suis d'avis de rejeter l'appel pour les motifs invoqués dans le premier argument de l'intimée puisque j'estime cet argument bien fondé. Vu cette conclusion, il ne sera pas nécessaire de traiter du second argument.

Pour ce qui est du premier argument, l'appellant demande un jugement qui déclarerait que toute la correspondance échangée entre lui-même et son avocat soit déclarée privilégiée et soit expédiée à son destinataire sans être ouverte. A mon avis, un jugement semblable élargirait de façon considérable la portée du privilège existant entre un avocat et son client tel qu'on le connaît et le comprend. Le savant juge de première instance a traité de cette question de façon juste et décisive dans ses motifs aux pages 668 et 669:

Dans le cas d'un citoyen ordinaire, le privilège n'existe pas simplement parce que la communication est entre un avocat et son client. La recherche d'un avis juridique ou son octroi doit faire l'objet de la communication et n'est privilégié que dans cette mesure. Voir *La Reine c. Bencardino* ((1974) 2 O.R. (2^e) 351), à la page 358:

[TRADUCTION] Toute communication d'un client à son avocat n'est pas privilégiée. Pour l'être, la communication doit intervenir au cours de la recherche d'un avis juridique et avec l'intention d'en conserver le caractère confidentiel. Comme le dit Wigmore dans *On Evidence* 3^e éd., vol. 8, art. 2311:

Une demande *expresse* de secret n'est certainement pas nécessaire. Mais la simple relation d'avocat à client ne permet pas de présumer le caractère confidentiel de la communication et les circonstances indiqueront implicitement si celle-ci était de nature confidentielle. Évidemment, ces circonstances varieront selon les individus et la décision doit donc dépendre du cas sous examen.

A mon avis, le nouveau juge du fond devrait procéder à un interrogatoire préliminaire pour se rendre compte de ce que Quaranta a dit à M^e Greenspan. S'il en découle que Quaranta ne cherchait pas un avis juridique, mais plutôt une assistance contre l'intimidation qu'il subissait en prison, ou s'il apparaît que Quaranta a expressément ou implicitement autorisé M^e Greenspan à divulguer sa condition aux autorités, je crois qu'on peut demander à M^e Greenspan de témoigner devant le jury de ce que Quaranta lui a dit à ce sujet.

Voir également *O'Shea c. Wood* ([1891] L.R. (P.D.) 286) à la page 289:

[TRADUCTION] Les lettres ne sont pas nécessairement privilégiées parce qu'elles passent de l'avocat à son client: un élément professionnel doit exister dans la correspondance pour qu'elle soit privilégiée.

And also at page 290:

Letters containing mere statements of fact are not privileged; they must be of a professional and confidential character. The affidavit in the present case does not allege enough to shew that the correspondence is privileged.

See also *Clergue v. McKay* ((1902) 3 O.L.R. 478) at page 480:

It appears to be necessary, therefore, that the affidavit on production should not only state that the correspondence is confidential and of a professional character, but the nature of it must be set forth, without any ambiguity whatever, in order that there may be no doubt as to its being privileged.

It seems evident that privilege can only be claimed document by document and each document can be considered as privileged only to the extent that it meets the criterion which will allow privilege to attach to it. In this regard it has also been held quite frequently that, while part of a document might be privileged, another part of the same document might not be considered as privileged.

When a letter is addressed to a solicitor by the plaintiff or received by him from his solicitor, it is clear that the question of whether the letter does in fact contain a privileged communication cannot be determined until it has been opened and read.

I agree with that reasoning. Quite apart from the question as to whether the appellant's right to claim the solicitor-client privilege has been restricted or taken from him by his incarceration in a federal penitentiary pursuant to a sentence lawfully imposed on him, to grant the declaration sought herein would be to give to this appellant, an extension to the privilege afforded to the ordinary citizen.

Furthermore, the appellant asks that the declaration be extended to include the application of the principle of solicitor-client privilege to correspondence not yet written. The courts have stated that they are without jurisdiction to make declarations on purely hypothetical issues¹. Likewise, the Court will very rarely grant a declaration regarding the future². This is not, in my opinion, a case where, even assuming jurisdiction, the Court should assert that jurisdiction.

¹ Compare: *Landreville v. The Queen* [1973] F.C. 1223 at p. 1228.

² See: *Mellstrom v. Garner* [1970] 2 All E.R. 9 per Karminski L.J. at p. 12.

Et aussi à la page 290:

[TRADUCTION] Des lettres contenant de simples exposés de faits ne sont pas privilégiées: elles doivent revêtir un caractère professionnel et confidentiel. En l'espèce, l'affidavit ne prouve pas suffisamment que la correspondance est privilégiée.

Voir aussi *Clergue c. McKay* ((1902) 3 O.L.R. 478) à la page 480:

[TRADUCTION] Il est donc nécessaire que l'affidavit produit ne déclare pas simplement que la correspondance est confidentielle et de caractère professionnel, il doit montrer, sans aucune ambiguïté, que la nature de cette correspondance est, sans aucun doute, privilégiée.

Il semble évident que le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement et que chaque document peut être considéré privilégié uniquement dans la mesure où il répond au critère qui permettra d'y rattacher le privilège. Il a été aussi fréquemment jugé, à cet égard, que bien qu'une partie d'un document puisse être privilégiée, une autre partie du même document peut ne pas l'être.

Quand une lettre est adressée par le demandeur à un avocat ou reçue par lui de ce dernier, il est évident que la question de savoir si la lettre contient effectivement une communication privilégiée ne peut pas être solutionnée avant que la lettre ait été ouverte et lue.

Je suis d'accord avec ce raisonnement. Indépendamment de la question de savoir si le droit de l'appelant d'invoquer le privilège existant entre un avocat et son client a été limité ou lui a été enlevé par le fait de son incarcération dans un pénitencier fédéral à la suite d'une condamnation légalement prononcée contre lui, le fait d'accorder le jugement déclaratoire sollicité en l'espèce équivaldrait à étendre, à l'appelant en cause, le privilège accordé au citoyen ordinaire.

En outre, l'appelant demande que le jugement déclaratoire constate le principe du privilège existant entre un avocat et son client pour ce qui est de la correspondance non encore écrite. Les tribunaux ont déclaré qu'ils n'ont pas compétence pour prononcer des jugements déclaratoires sur des questions purement hypothétiques¹. De même, un tribunal n'accordera que très rarement un jugement déclaratoire sur une question concernant l'avenir². Je suis d'avis qu'en l'espèce, même en prenant pour acquis que la Cour a compétence, elle ne doit pas la faire valoir.

¹ A comparer avec la décision *Landreville c. La Reine* [1973] C.F. 1223, à la p. 1228.

² Voir: *Mellstrom c. Garner* [1970] 2 All E.R. 9, le lord juge Karminski, à la p. 12.

Accordingly, and for the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs both here and in the Trial Division.

* * *

URIE J. concurred.

* * *

MACKAY D.J. concurred.

Par conséquent, et pour les motifs précités, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens en appel et en première instance.

* * *

a

LE JUGE URIE y a souscrit.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY y a souscrit.