

T-888-76

T-888-76

William (Billy) Solosky (Plaintiff)**William (Billy) Solosky (Demandeur)**

v.

a c.

The Queen (Defendant)**La Reine (Défenderesse)**

Trial Division, Addy J.—Toronto, October 28; Ottawa, November 19, 1976.

Division de première instance, le juge Addy—Toronto, le 28 octobre; Ottawa, le 19 novembre 1976.

Imprisonment—Privilege attached to solicitor-client correspondence—Whether censorship by prison authorities breach of privilege or in contravention of Post Office Act—Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, ss. 29(1) and (3)—Penitentiary Service Regulations, s. 2.18, SOR/62-90—Post Office Act, R.S.C. 1970, c. P-14, s. 43—Canadian Bill of Rights.

Emprisonnement—Privilège attaché à la correspondance entre un avocat et son client—La censure exercée par les autorités de la prison viole-t-elle ce privilège ou contrevient-elle à la Loi sur les Postes?—Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, c. P-6, art. 29(1) et (3)—Règlement sur le service des pénitenciers, art. 2.18, DORS/62-90—Loi sur les Postes, S.R.C. 1970, c. P-14, art. 43—Déclaration canadienne des droits.

Plaintiff claims that the head of the penitentiary where he is detained has no right to order the censorship of mail, particularly mail between an inmate and his solicitor, and asks for a declaration that all correspondence directed to and received by his solicitor be regarded as privileged communications and be forwarded unopened by the prison authorities.

Le demandeur soutient que le directeur du pénitencier où il est détenu n'a pas le droit d'ordonner la censure du courrier, plus spécialement, celui entre un détenu et son avocat. Son action a pour objet de faire déclarer que toute correspondance adressée à son avocat ou reçue de ce dernier soit considérée comme communication privilégiée et lui soit remise sans être ouverte par les autorités de la prison.

Held, the action is dismissed with costs. Although directives made pursuant to section 29(3) of the *Penitentiary Act* do not have the force of law, regulations made by the Governor in Council under section 29(1) of the Act do confer legal rights and authority and *Penitentiary Service Regulations*, section 2.18 empowers the head of an institution to order censorship of correspondence. Section 43 of the *Post Office Act* is not contravened by the Regulation since it only refers to items "in the course of post".

Arrêt: l'action est rejetée avec dépens. Bien que les directives données en vertu de l'article 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* n'aient pas force de loi, les règlements établis par le gouverneur en conseil, en vertu de l'article 29(1) de la Loi, ainsi que l'article 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, donnent légalement le droit et l'autorité au chef d'une institution d'ordonner la censure de la correspondance. Le Règlement n'est pas en contravention avec l'article 43 de la *Loi sur les Postes* puisque cet article ne se réfère qu'à des objets «en cours de transmission».

A prison inmate has no more rights or privileges in common law as enshrined in the *Canadian Bill of Rights* than does an ordinary citizen and, in fact, loses some by reason of his incarceration. In any event, solicitor-client privilege only applies to communications or parts of them seeking or giving legal advice and whether or not the information is privileged can only be ascertained by opening and reading the correspondence. Finally, there is no reason why the plaintiff should be in a better position than an ordinary citizen with regard to costs. Unless special circumstances exist to justify an order to the contrary, costs should follow the event.

Un détenu ne possède pas plus de droits et de privilèges découlant de la *common law*—et consacrés dans la *Déclaration canadienne des droits*—que n'en possède un citoyen ordinaire et, de fait, à cause de son incarcération, le détenu en perd quelques-uns. Quoi qu'il en soit, le privilège existant entre un avocat et son client ne s'applique qu'à une communication ou partie de communication visant la recherche ou l'octroi d'un avis juridique et la question de savoir si la teneur de la communication est ou non privilégiée ne peut être constatée que par l'ouverture et la lecture de la correspondance. Enfin, il n'y a aucune raison pour que le demandeur bénéficie d'une meilleure situation que le citoyen ordinaire relativement aux dépens. A moins qu'il n'existe des circonstances qui justifient une décision contraire, les dépens doivent suivre le résultat.

R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex parte MacCaud [1969] 1 O.R. 373; *R. v. Bencardino* (1974) 2 O.R. (2d) 351; *O'Shea v. Wood* [1891] L.R. (P.D.) 286 and *Clergue v. McKay* (1902) 3 O.L.R. 478, applied.

Arrêts appliqués: *R. c. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex parte MacCaud* [1969] 1 O.R. 373; *R. c. Bencardino* (1974) 2 O.R. (2^e) 351; *O'Shea c. Wood* [1891] L.R. (P.D.) 286 et *Clergue c. McKay* (1902) 3 O.L.R. 478.

ACTION for declaratory judgment.

ACTION en jugement déclaratoire.

COUNSEL:

David Cole for plaintiff.
J. P. Malette for defendant.

SOLICITORS:

David Cole, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ADDY J.: The plaintiff, an inmate of Millhaven Institution, sues for a declaration that all items of correspondence properly identified as directed to or received from his solicitor be regarded as privileged communications and be forwarded unopened by the prison authorities.

The Director of Millhaven Institution has ordered that the plaintiff's mail be opened and read. The order has been applied to mail originating from his solicitor as well as other mail. Directive 219 of the Commissioner of Penitentiaries dated the 26th of September 1974, and amended on the 28th of June 1976, reads in part as follows:

5. DIRECTIVE

a. Penitentiary staff shall promote and facilitate correspondence between inmates and their families, friends, and other individuals and agencies who can be expected to make a contribution to the inmate's rehabilitation within the institution and to assist in his subsequent and eventual return to the community.

c. Subject to the provisions of paragraph 14 every inmate shall be permitted to correspond with any person, and shall be responsible for the contents of every article of correspondence of which he is the author. There shall be no restriction to the number of letters sent or received by inmates, unless it is evident that there is mass production.

d. Subject to the provisions of paragraph 8, every item of correspondence to or from an inmate may be opened by institutional authorities for inspection for contraband.

7. CENSORSHIP

b. Censorship of correspondence in any form shall be avoided, but nothing herein shall be deemed to limit the authority of the Commissioner to direct, or the Institutional Director to order, censorship of correspondence in any form, to the extent considered necessary or desirable for the rehabilitation of the inmate or the security of the institution. (PSR 2.18).

AVOCATS:

David Cole pour le demandeur.
J. P. Malette pour la défenderesse.

a PROCUREURS:

David Cole, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE ADDY: L'action du demandeur, un détenu à l'institution de Millhaven, a pour objet de faire déclarer que toute correspondance valablement identifiée comme adressée à son avocat ou reçue de ce dernier, soit considérée comme communication privilégiée et lui soit remise sans être ouverte par les autorités de la prison.

d Le directeur de l'institution de Millhaven a ordonné que le courrier du demandeur soit ouvert et lu. L'ordre a été appliqué au courrier émanant de son avocat aussi bien qu'à tout autre. La directive 219, en date du 26 septembre 1974, du commissaire des pénitenciers, modifiée le 28 juin 1976, se lit en partie comme suit:

5. DIRECTIVE

a. La correspondance entre les détenus et leurs parents, leurs amis et les autres personnes et organismes doit être encouragée par le personnel pénitentiaire lorsque la communication est nécessaire ou désirable, et spécialement lorsque l'on croit qu'elle peut contribuer à la réadaptation du détenu.

g c. Sous réserve du paragraphe 14, chaque détenu sera autorisé à correspondre avec qui il voudra et sera responsable du contenu de chaque envoi qu'il expédiera. Aucune restriction ne sera imposée quant au nombre de lettres envoyées ou reçues par les détenus, à moins qu'il ne soit évident qu'il y ait production en masse.

h d. Sous réserve du paragraphe 8, chaque pièce de correspondance envoyée ou reçue par un détenu peut être ouverte par la direction de l'institution qui est chargée de prévenir l'introduction d'objets de contrebande.

i 7. CENSURE

b. On évitera de censurer la correspondance sous quelque forme qu'elle soit, mais rien dans la présente ne sera considéré comme limitant l'autorité du Commissaire ou du directeur de l'institution d'ordonner la censure de la correspondance sous quelque forme qu'elle soit, lorsque cette mesure sera jugée nécessaire ou souhaitable pour la réadaptation

Any form of censorship shall be undertaken only with the approval of the Institutional Director.

sociale du détenu ou la sécurité de l'institution (art. 2.18 du RSP). Toute forme de censure ne sera entreprise que sur l'approbation du directeur de l'institution.

8. PRIVILEGED CORRESPONDENCE

a. "Privileged correspondence" is defined as properly identified and addressed items directed to and received from any of the following:

- (1) Members of the Senate
 - (2) Members of the House of Commons
 - (3) Members of provincial legislatures
 - (4) Members of legislative councils for Yukon and North-west Territories
 - (5) The Solicitor General
 - (6) The Commissioner of Penitentiaries
 - (7) The Chairman of the National Parole Board
 - (8) The Federal Correctional Investigator
 - (9) Provincial Ombudsmen (see Annex "A").
- b. Privileged correspondence shall be forwarded to the addressee unopened.
- c. In exceptional cases where institutional staff suspect contraband in such privileged correspondence, the Commissioner's approval shall be obtained before it is opened.

8. CORRESPONDANCE PRIVILÉGIÉE

a. La «correspondance privilégiée» est définie comme se rapportant à des pièces dont les identificateurs et adresses sont indiqués comme il se doit et dont la destination ou la provenance est une des suivantes:

- (1) les sénateurs
- (2) les députés fédéraux
- (3) les députés provinciaux
- (4) les Membres des conseils législatifs du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest
- (5) le Solliciteur général
- (6) le Commissaire des pénitenciers
- (7) le Président de la Commission nationale des libérations conditionnelles
- (8) l'Enquêteur correctionnel fédéral
- (9) les Ombudsmans provinciaux (voir Annexe «A»)

b. La correspondance privilégiée sera adressée au destinataire sans avoir été ouverte.

c. Dans des cas exceptionnels où le personnel de l'institution soupçonne qu'un envoi privilégié contient des objets de contrebande, on obtiendra l'approbation du Commissaire avant d'ouvrir l'envoi.

Although these directives of the Commissioner of Penitentiaries are made pursuant to section 29(3) of the *Penitentiary Act*¹, they are made solely for the proper administration of the institution under him, do not have the force of law and cannot create jurisdiction or a legal authority for actions taken pursuant thereto which are not otherwise authorized by law; see *Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex parte MacCaud*² at pages 380 and 381:

Bien que ces directives du commissaire des pénitenciers soient données en vertu de l'article 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*¹, elles visent uniquement la bonne administration de l'institution qui relève de son autorité. Elles n'ont pas force de loi et ne sont pas attributives de compétence ou créatrices de droits qui permettent le recours, dans le but précité, à des actes qui ne sont pas autrement autorisés par la loi. Voir *Regina c. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex parte MacCaud*², aux pages 380 et 381:

His directives, which are internal to the Penitentiary Service, may and probably do govern the employer-employee relationship between the staff member and his superiors as part of the administrative structure. They define for the staff member the manner in which, and the limits within which, he and other members of this service are expected to perform their duties; departure from the directives may constitute an infraction of the obligation owed by the staff member to his superior, but any conduct on the part of a staff member which, in the absence of the directives, would not constitute an infringement of some civil right or right conferred on the inmate by the statute and Regulations, does not by virtue of the directives become such an infringement. In other words, there is no obligation owed by a staff member to the inmate to adhere to the directives. The duty owed by the staff member to the inmate must be found in the statute and Regulations.

[TRADUCTION] Ses directives, qui sont d'application interne au service pénitentiaire, peuvent gouverner—et probablement gouvernent—en tant que partie de la structure administrative, les relations employeurs-employés entre le membre du personnel et ses supérieurs. Elles définissent la manière dont le membre du personnel et les autres membres de ce service doivent accomplir leurs tâches et les limites dans lesquelles ils doivent le faire. Un manquement aux directives peut constituer une violation des obligations du membre du personnel à l'égard de son supérieur; cependant, toute action d'un membre du personnel qui, en l'absence de directives, ne constitue pas une atteinte à un droit civil ou à un droit dévolu au détenu par la loi et ses règlements d'application, ne devient pas une atteinte à ces droits par l'effet des directives. En d'autres termes, le membre du personnel n'est pas tenu, à l'égard du détenu, de se conformer aux directives. Les obligations du membre du personnel envers le détenu sont indiquées dans la loi et les règlements.

¹ R.S.C. 1970, c. P-6.

² [1969] 1 O.R. 373.

¹ S.R.C. 1970, c. P-6.

² [1969] 1 O.R. 373.

However, in addition to the right of the Commissioner to issue directives, the *Penitentiary Act* by section 29(1) provides that the Governor in Council has the power to make regulations. It reads as follows:

29. (1) The Governor in Council may make regulations
- (a) for the organization, training, discipline, efficiency, administration and good government of the Service;
 - (b) for the custody, treatment, training, employment and discipline of inmates; and
 - (c) generally, for carrying into effect the purposes and provisions of this Act.

Pursuant to section 29(1) of the *Penitentiary Act*, section 2.18 of the *Penitentiary Service Regulations*³ was enacted. It reads as follows:

2.18. In so far as practicable the censorship of correspondence shall be avoided and the privacy of visits shall be maintained, but nothing herein shall be deemed to limit the authority of the Commissioner to direct or the institutional head to order censorship of correspondence or supervision of visiting to the extent considered necessary or desirable for the reformation and rehabilitation of inmates or the security of the institution.

It is clear that the head of an institution, such as Millhaven, has the legal right and authority "to order censorship of correspondence . . . to the extent considered necessary or desirable for . . . the security of the institution."

The plaintiff denies that the head of the institution may order the censorship of mail and especially of mail between an inmate and his solicitor.

The general right to censor mail is disputed on the grounds that it constitutes contravention of section 43 of the *Post Office Act*⁴ which states that ". . . nothing is liable to . . . seizure . . . while in the course of post, except as provided in this Act or the regulations." There is no merit to this contention. In so far as mail emanating from the inmates is concerned the mail is not "in the course of post" until it is mailed in a mail box or deposited in a post office. In so far as mail addressed to an inmate is concerned, it is no longer in the course of post once it has been delivered to the institution where the inmate resides because section 2 of the *Post Office Act* reads in part as follows:

³ SOR/62-90.

⁴ R.S.C. 1970, c. P-14.

Toutefois, outre le droit du commissaire d'établir des directives, l'article 29(1) de la *Loi sur les pénitenciers* prévoit que le gouverneur en conseil peut établir des règlements. Voici le texte de cette

a déposition:

29. (1) Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements
- a) relatifs à l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service;
 - b) relatifs à la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus; et
 - c) relatifs, de façon générale, à la réalisation des objets de la présente loi et l'application de ses dispositions.

L'article 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers*³, établi en vertu de l'article 29(1) de la *Loi sur les pénitenciers*, prescrit ce qui suit:

2.18. Dans la mesure où cela est pratique, la censure de la correspondance doit être évitée et l'intimité des visites doit être respectée, mais rien aux présentes ne doit être considéré comme limitant l'autorité du Commissaire de réglementer, ou du chef d'une institution d'ordonner, la censure de la correspondance ou la surveillance des visites selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la rééducation et à la réadaptation des détenus ou à la sécurité de l'institution.

Il est clair que le chef d'une institution, comme celle de Millhaven, a légalement le droit et l'autorité «d'ordonner la censure de la correspondance . . . selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles pour . . . la sécurité de l'institution».

Le demandeur conteste que le chef de l'institution ait le droit d'ordonner la censure du courrier et, plus spécialement, celui entre un détenu et son avocat.

Le droit général de censurer la correspondance est contesté pour le motif qu'il est en contravention avec l'article 43 de la *Loi sur les postes*⁴ qui dispose que « . . . nul objet ne peut être . . . saisi . . . pendant qu'il est en cours de transmission par la poste, sauf de la manière prévue par la présente loi ou les règlements ». Cette prétention est sans fondement. Pour autant qu'il s'agit du courrier émanant des détenus, il n'est pas «en cours de transmission» tant qu'il n'est pas déposé dans une boîte aux lettres ou dans un bureau de poste. Quand il s'agit du courrier adressé à un détenu, il n'est plus en cours de transmission une fois qu'il a été livré à l'institution dans laquelle réside le détenu, car l'article 2 de la *Loi sur les postes* se lit partiellement comme suit:

³ DORS/62-90.

⁴ S.R.C. 1970, c. P-14.

2. (1) In this Act

“delivery”, as applied to mail, means delivery to the addressee thereof, and, for the purposes of this Act,

(a) leaving mail at the residence or place of business of the addressee,

The second ground of objection is that the opening of mail between an inmate and his solicitor constitutes a breach of the long-established and very jealously protected common law privilege which exists regarding communications between a solicitor and his client.

It is important of course to realize that under the common law itself a prisoner, who has been incarcerated following his conviction for a criminal offence, does not enjoy all of the common law rights and privileges of an ordinary free citizen. He, for instance, forfeits his very basic right to freedom and his right to communicate freely with his fellow citizens is, of necessity, considerably restricted. The *Canadian Bill of Rights* does not to any extent purport to enlarge on traditional common law rights and privileges, but constitutes rather a re-statement or codification of those rights and privileges. It recognizes them in a solemn manner, subject however to the normal qualifications and limitations which have always characterized them. The main innovative thrust of the *Canadian Bill of Rights* is against any statutory enactments past, present and future tending to abrogate, limit or derogate from any rights or privileges otherwise recognized by law.

In any event, and more specifically, the *Canadian Bill of Rights* contains no provision which for the plaintiff, in the circumstances of the case at bar, might create for him or add to any common law rights or privileges.

Assuming that a convicted person, whilst incarcerated as a convicted criminal, still enjoys the right to communicate privately with his solicitor and I cannot see how that right can be completely denied to him, although for the proper administration of the penal institution or for other reasons such as mere limitations of staff and facilities the right might still be subject to certain limitations and control such as the time of day or the frequency with which the right may be exercised, it

2. (1) Dans la présente loi

«livraison», relativement au courrier, signifie la livraison au destinataire de ce courrier, et, aux fins de la présente loi,

a) le fait de laisser le courrier à la résidence ou au siège d'affaires du destinataire,

Le second motif de la contestation, est que l'ouverture du courrier entre un détenu et son avocat constitue une violation d'un privilège de *common law*, établi depuis longtemps et très jalousement protégé, au sujet des communications entre un avocat et son client.

Il est évidemment important de bien comprendre que, sous l'empire du *common law* même, un prisonnier qui a été incarcéré à la suite de sa condamnation pour une infraction criminelle, ne jouit pas de tous les droits et privilèges accordés par le *common law* à un citoyen ordinaire libre. Par exemple, il perd son droit élémentaire à la liberté et son droit de communiquer librement avec ses concitoyens est nécessairement considérablement réduit. La *Déclaration canadienne des droits* ne vise pas, de quelque manière que ce soit, à étendre les droits et privilèges traditionnels de *common law*, mais constitue plutôt une redéclaration ou une codification de ces droits et privilèges. Elle les consacre d'une manière solennelle, tout en les assujettissant aux réserves et limitations qui les ont toujours caractérisés. La principale attaque innovatrice de la *Déclaration canadienne des droits* est contre tout acte législatif passé, présent et futur, qui tend à abroger des droits ou privilèges autrement reconnus par la loi ou à les limiter ou à y déroger.

En tout cas et plus spécifiquement, la *Déclaration canadienne des droits* ne contient pas de dispositions qui, en l'espèce, puissent créer au profit du demandeur un droit ou ajouter aux droits et privilèges découlant du *common law*.

En supposant qu'une personne déclarée coupable continue de jouir du droit de communiquer en privé avec son avocat pendant qu'elle est incarcérée comme criminel (je ne vois d'ailleurs pas comment ce droit peut lui être complètement refusé, bien que pour la bonne administration de l'institution pénale ou pour d'autres raisons telles que réduction du personnel et des installations, le droit peut être sujet à certains contrôles et limitations, tels que le moment de la journée ou la fréquence à

also seems trite to say that any privilege attached to such right of a prisoner to communicate with his solicitor will be no higher than that enjoyed by any other citizen.

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*⁵ 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*⁶ 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.

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*⁷ 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.

⁵ (1974) 2 O.R. (2d) 351.

⁶ [1891] L.R. (P.D.) 286.

⁷ (1902) 3 O.L.R. 478.

laquelle le droit peut être exercé), il me semble que c'est un truisme que de dire que tout privilège attaché au droit du détenu de communiquer avec son avocat ne sera pas plus étendu que celui dont a bénéficie n'importe quel autre citoyen.

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*⁵, 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*⁶ 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.

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*⁷ 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.

⁵ (1974) 2 O.R. (2^e) 351.

⁶ [1891] L.R. (P.D.) 286.

⁷ (1902) 3 O.L.R. 478.

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.

There can be no logical nor legal justification for correspondence which appears to have emanated from or to be addressed to a solicitor, enjoying any special aura of protection. It is too easy for a person to obtain envelopes and letterheads bearing the name and title of a real or of a fictitious solicitor and it is equally as easy for a prisoner to camouflage the true identity of an addressee. Even if the correspondence is in fact exchanged with a solicitor, altogether apart from the strict limitations placed on privilege by the common law, one would have to be singularly naïve to believe that, because a person has been either clever enough or fortunate enough to meet the academic requirements to be enrolled as a solicitor or called to the bar, that that person has attained a higher degree of moral perfection than the ordinary citizen and would somehow be incapable of engaging in correspondence with prisoners which might endanger the security of the institution or of its personnel. Unfortunately, the legal profession has its own fair share of shady characters and even felons. In any event, it is trite to say that the privilege is that of the prisoner and not of the solicitor.

In essence, the problem is the age old one of striking a reasonable balance between conflicting rights and privileges: those of the individual on the one hand and those of society and its essential institutions on the other. It must be borne in mind, however, that the citizen who stands convicted of a criminal offence is presumed to have voluntarily assumed the risk of incarceration with others and

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.

Il ne peut y avoir aucune justification logique ou juridique à ce qu'une correspondance, qui paraît avoir émané d'un avocat ou lui avoir été adressée, jouisse d'une aura protectrice. Il est trop facile pour une personne de se procurer des enveloppes et du papier à lettre à en-tête portant le nom ou le titre d'un avocat, vrai ou imaginaire. Il est également facile pour un détenu de camoufler la vraie identité d'un destinataire. A tout prendre, à part les strictes limitations apportées au privilège par le *common law*, il faut être simplement naïf, même si la correspondance est effectivement échangée avec un avocat, pour croire que parce qu'une personne a été suffisamment habile ou fortunée pour répondre aux exigences académiques pour être inscrite comme procureur ou être membre du barreau, qu'elle a atteint un plus haut degré de perfection morale que le citoyen ordinaire et qu'elle serait, en quelque sorte, incapable d'engager avec des personnes une correspondance susceptible de mettre en danger la sécurité de l'institution ou de son personnel. Malheureusement, la profession d'homme de loi a sa part de personnages louches et même de criminels. En tout cas, il est évident que le privilège appartient au prisonnier et non à l'avocat.

Il s'agit, au fond, du vieux problème qui consiste à établir un équilibre raisonnable entre des droits et des privilèges contradictoires: ceux de l'individu, d'une part, et ceux de la société et de ses institutions essentielles, de l'autre. Toutefois, il faut se rappeler que le citoyen qui a été déclaré coupable d'une infraction criminelle est présumé avoir volontairement pris le risque d'être emprisonné

all that it entails. If it requires certain restrictive measures to be taken and those measures are not forbidden by law, then, the prisoner must be deemed to have voluntarily run the risk of his normal rights and privileges as a free citizen in our society being limited to the extent that is reasonably necessary to ensure his and his fellow prisoners' welfare and continued incarceration as prescribed by law as well as the security of the institution and of its staff. Indeed, every citizen must expect his normal rights and privileges to be curtailed to the extent that is reasonably necessary to allow the society in which he lives to attain its legitimate objects.

In the present action there was no evidence nor any suggestion that any communication between the plaintiff and his solicitor to which privilege would attach was improperly used or communicated to any other party by the person charged by the head of the institution with the duty of censoring the mail. Furthermore, the relief sought by the plaintiff is not to prohibit an improper use of censored mail but to prohibit the opening of the mail to examine its contents even where the head of the institution deems the action necessary. Although it follows that I am not obliged to decide the question, I nevertheless wish to express my view that it would be illegal as well as improper for any person charged with the duty of censoring a prisoner's mail in order to ensure the safety of the institution or of its staff or the continued incarceration or welfare of any of its inmates, to inform any other person of the contents of a privileged communication especially a person who might be the subject of, directly concerned with or indirectly affected by that communication. It is one thing to say that the law gives the institution the right to protect itself, and quite another to say that any privileged communication obtained during the legitimate exercise of that right may be used indiscriminately or improperly after its true character has been ascertained.

It is also unnecessary for me, in order to dispose of the present case, to decide whether once privilege attaches to a communication between a convicted prisoner and his solicitor, that privilege remains an absolute one or whether it cannot even

avec d'autres et de subir tout ce que cela comporte. Si certaines mesures restrictives qui ne sont pas interdites par la loi doivent être prises, le détenu doit être considéré comme ayant volontairement couru le risque de voir ses droits et privilèges normaux comme citoyen libre de notre société limités dans la mesure où cela est raisonnablement nécessaire pour lui assurer, ainsi qu'à ses codétenus, le bien-être et une incarcération continue conformes aux dispositions de la loi, aussi bien que d'assurer la sécurité de l'institution et de son personnel. En vérité, chaque citoyen doit s'attendre à être privé de ses droits et privilèges normaux, dans la mesure où cela est raisonnablement nécessaire pour permettre à la société dans laquelle il vit d'atteindre ses objectifs légitimes.

En l'espèce, il n'y a pas de preuve ni d'allégation qu'une communication entre le demandeur et son avocat à laquelle un privilège serait attaché a été abusivement utilisée ou communiquée à un tiers par la personne que le chef de l'institution a chargée de censurer le courrier. De plus, le redressement recherché par le demandeur n'est pas d'interdire un emploi abusif du courrier censuré, mais d'en défendre l'ouverture pour l'examen de son contenu, même quand le chef de l'institution l'estime nécessaire. Bien que je ne sois pas tenu de me prononcer sur la question, je désire néanmoins exprimer l'opinion qu'il serait illégal et abusif, pour toute personne chargée de censurer le courrier d'un détenu en vue d'assurer la sécurité de l'institution ou de son personnel, ou l'incarcération continue ou le bien-être de ses détenus, d'informer toute autre personne du contenu d'une communication privilégiée, spécialement une personne qui ferait l'objet de cette communication ou en serait directement ou indirectement affectée. C'est une chose de dire que la loi donne à l'institution le droit de se protéger et une toute autre chose de dire que toute communication privilégiée obtenue dans l'exercice légitime de ce droit peut être utilisée sans discrimination ou abusivement après que sa nature véritable a été établie.

Il ne m'est pas nécessaire, pour trancher cette affaire, de décider si le privilège demeure absolu pour peu qu'une communication entre un détenu condamné et son avocat soit privilégiée, ou s'il ne peut pas, même dans ce cas, être soumis à d'autres

then, in certain circumstances, be subject to or subordinate to other considerations such as the security of the institution or the welfare of the prisoner himself.

A practice seems to be developing lately whereby costs, which are normally awarded against an unsuccessful litigant in a civil matter, are not awarded when the litigant happens to be a convicted criminal. This practice, in my view, is to be deplored and discouraged. I can see no reason whatsoever why a person in the position of the plaintiff should be afforded special treatment regarding costs which would not be enjoyed by an ordinary citizen. Furthermore, in deciding whether costs should or should not be awarded against an unsuccessful plaintiff, neither the ability to pay nor the difficulty of collection should be a deciding factor but, on the contrary, the awarding or refusal of costs should be based on the merits of the case. Unless special circumstances exist to justify an order to the contrary, costs should normally follow the event. No such circumstances exist here.

For the above reasons, the action will be dismissed with costs.

considérations telles que la sécurité de l'institution ou le bien-être du détenu lui-même.

^a Récemment, on semble avoir adopté une pratique selon laquelle les dépens, qui sont normalement adjugés contre un plaideur débouté dans une affaire civile, ne le sont pas quand il s'agit d'un criminel condamné. A mon avis, cette pratique est ^b déplorable et doit être abandonnée. Je ne vois aucune raison pour qu'on accorde à une personne, telle que le demandeur, un traitement spécial concernant les dépens, dont ne bénéficierait pas un ^c citoyen ordinaire. De plus, ni la capacité de payer les dépens, ni la difficulté de les percevoir, ne doit constituer un facteur déterminant quand il s'agit de décider si ces dépens doivent ou ne doivent pas être adjugés à l'encontre d'un plaideur débouté. ^d Au contraire, l'adjudication des dépens ou leur dispense, doit être basée sur le bien-fondé de l'action. A moins qu'il n'existe des circonstances qui justifient une décision contraire, les dépens doivent normalement suivre le résultat. Des circonstances ^e semblables n'existent pas en l'espèce.

Pour les motifs qui précèdent, l'action sera rejetée avec dépens.