William (Billy) Solosky (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen (*Defendant*) *Respondent*.

1979: June 13; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Prisons — Censorship of prisoners' mail — Right of prison inmates to communicate in confidence with their solicitors — Solicitor-client privilege — Inmate failing to establish entitlement to a declaration — Penitentiary Service Regulations, SOR/62-90 — Canadian Bill of Rights, 1960(Can.), c. 44, ss. 1(b), (d), 2(c)(ii).

The appellant, imprisoned at Millhaven Institution, commenced an action in the Federal Court of Canada 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". The action was dismissed and on appeal to the Federal Court of Appeal the pleadings were amended to request a declaration " . . . that henceforth all properly identified items of solicitor-client correspondence should be forwarded to their respective destinations unopened". The appeal failed, and at the opening of the appeal in this Court counsel for the appellant moved to substitute, for the prayer for relief in the statement of claim, a declaration that the order of the Director of Millhaven Institution that the appellant's mail be opened and read "insofar as it has been applied to mail originating from his solicitor David Cole, and to mail written by the Plaintiff to his solicitor David Cole, is not authorized by law".

In accordance with the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, and Regulations thereunder, an institutional head of a penitentiary may order censorship of inmate correspondence to the extent considered necessary or desirable for the rehabilitation of the inmate or the security of the institution. The main ground upon which the appellant rested his case was solicitor-client privilege.

Held: The appeal should be dismissed.

William (Billy) Solosky (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine (*Défenderesse*) *Intimée*.

1979: 13 juin; 1979: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Prisons — Censure du courrier des prisonniers — Droit des détenus de communiquer en confidence avec leurs avocats — Privilège entre avocat et client — Détenu ne réussissant pas à établir son droit à un jugement déclaratoire — Règlement sur le service des pénitenciers, DORS/62-90 — Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), chap. 44, art. 1b), d), 2c)(ii).

L'appelant, détenu à l'institution de Millhaven, a intenté une action en Cour fédérale du Canada afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant 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». L'action a été rejetée et en appel à la Cour d'appel fédérale, les procédures écrites ont été modifiées afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant « . . . que désormais, toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte». L'appel a échoué et au début de l'audition devant cette Cour, l'avocat de l'appelant a demandé que le redressement requis dans la déclaration soit remplacé par un jugement déclaratoire portant que l'ordre du directeur de l'institution de Millhaven d'ouvrir et de lire le courrier de l'appelant «quand il a été appliqué au courrier provenant de son avocat, M[e] David Cole, et à celui expédié par le demandeur à son avocat, M[e] David Cole, n'est pas légal».

Conformément à la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, et à son règlement d'application, le chef d'une institution pénitentiaire peut ordonner la censure de la correspondance des détenus selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la réadaptation du détenu ou à la sécurité de l'institution. Le moyen principal sur lequel l'appelant se fonde est le privilège entre avocat et client.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

1979 Can LII 9 (SCC)

Contrary to the views expressed by the Court below, the important issues raised in this case should not be determined by the particular form of wording employed in the prayer for relief, or on the basis that the question is hypothetical.

There could be no doubt that there was a real, and not a hypothetical, dispute between the parties. The declaration sought was a direct and present challenge to the censorship order of the Director of Millhaven Institute. That order, so long as it continues, from the past through the present and into the future, is in controversy. The fact that a declaration today cannot cure past ills, or may affect future rights, cannot of itself, deprive the remedy of its potential utility in resolving the dispute over the Director's continuing order. Once one accepts that the dispute is real and that the granting of judgment is discretionary, then the only further issue is whether the declaration is capable of having any practical effect in resolving the issues in the case. The determination of the right of prison inmates to correspond, freely and in confidence with their solicitors, is of great practical importance, although, admittedly, any such determination relates to correspondence not yet written. However poorly framed the prayer for relief may be, even as twice amended, the present claim was clearly directed to the procedures for handling prison mail and the invocation in relation thereto of solicitor-client privilege.

Recent case law has taken the traditional doctrine of solicitor-client privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits. However, while there is no question that the Canadian courts have been moving towards a broader concept of solicitor-client privilege, the concept has not been stretched far enough to save the appellant's case. Although there has been a move away from treating solicitor-client privilege as a rule of evidence that can only be asserted at the time the privileged material is sought to be introduced as evidence, the move from rigid temporal restrictions has not gone as far as the appellant contends. The appellant's suggestion that privilege has come to be recognized as a "fundamental principle", more properly characterized as a "rule of property", was not accepted. Without the evidentiary connection, which the law now requires, the privilege cannot be invoked.

Contrairement à l'opinion exprimée par la cour d'instance inférieure, les questions importantes soulevées dans cette affaire ne doivent pas dépendre de l'énoncé particulier de la demande de redressement, ni de l'argument que la question est hypothétique.

Il ne fait aucun doute qu'il existe entre les parties un litige réel et non un litige hypothétique. Le jugement déclaratoire sollicité attaque directement et maintenant l'ordre de censure du directeur de l'institution de Millhaven. Cet ordre, tant qu'il reste en vigueur, du passé au présent et dans l'avenir, est contesté. Le fait qu'un jugement déclaratoire accordé aujourd'hui ne puisse réparer les maux passés ou puisse toucher aux droits futurs, ne prive pas le recours de son utilité potentielle dans la solution du litige découlant de l'ordre permanent du directeur. Une fois admis qu'il existe un litige réel et qu'accorder un jugement est discrétionnaire, alors la seule autre question à résoudre est de savoir si le jugement déclaratoire est à même de régler, de façon pratique, les questions en l'espèce. Déterminer le droit d'un détenu de correspondre librement et en confidence avec son avocat est d'une importance pratique considérable même si, de l'aveu général, pareille détermination se rapporte à de la correspondance non encore écrite. Aussi mal rédigée que puisse être la demande de redressement, même avec ses deux modifications, la présente réclamation vise clairement les procédures de traitement du courrier en prison et le recours à cet égard au privilège entre avocat et client.

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège entre avocat et client sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites. Cependant, même s'il ne fait aucun doute que les tribunaux canadiens s'orientent vers une notion plus large du privilège entre avocat et client, la notion n'a pas été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appelant. Bien qu'il y ait eu un mouvement qui tende à éloigner le privilège entre avocat et client de la règle de preuve qui ne peut être invoquée qu'au moment où l'on tente de produire des documents privilégiés, cet éloignement des restrictions temporelles rigides ne va pas aussi loin que le prétend l'appelant. L'allégation de l'appelant que le privilège est maintenant reconnu comme un «principe fondamental» plus justement qualifié de «règle de propriété», n'est pas acceptée. A défaut du lien avec la preuve, actuellement exigé en droit, le privilège ne peut être invoqué.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

The statutory disciplinary régime, described in this case, does not derogate from the common law doctrine of solicitor and client privilege, as presently conceived, but the appellant was seeking in this appeal something well beyond the limits of the privilege, even as amplified in modern cases.

In aid of his main submission, appellant argued faintly that the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive should not be construed and applied so as to abrogate, abridge, or infringe any of the rights or freedom recognized in the *Canadian Bill of Rights* by s. 1(b) (the right of the individual to equality before the law and the protection of the law), 1(d) (freedom of speech) and 2(c)(ii) (the right of a person arrested or detained to retain and instruct counsel without delay). This argument also failed.

One could depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that (i) the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client, and (ii) a person confined to prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law. In that context, the Court was faced with the interpretation of the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive No. 219.

It was submitted there are three alternative interpretations of the scope of Regulations 2.17 and 2.18 which may govern the extent of the authority of the institutional head in dealing with an envelope which appears to have originated from a solicitor, or to be addressed to a solicitor, in circumstances where the institutional head has reason to believe that the unrestricted and unexamined passage of mail to or from the particular inmate in question represents a danger to the safety and security of the institution. The third such interpretation was as follows: "he may order that the envelope be subject to opening and examination to the minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege". This alternative represents that interpretation of the scope of the Regulations which permits to an inmate the maximum opportunity to communicate with his solicitor through the mails that is consistent with the requirement to maintain the safety and security of the institution.

The "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege" should be interpreted in such manner that (i) the contents of an envelope may be inspected for contraband;

Le régime disciplinaire établi par la législation, et décrit dans cette affaire, ne déroge pas à la doctrine de *common law* portant sur le privilège entre avocat et client, dans sa conception actuelle, mais l'appelant cherche en l'espèce quelque chose qui va bien au-delà des limites du privilège malgré l'élargissement que lui ont donné les décisions récentes.

A l'appui de son allégation principale, l'appelant a fait timidement valoir que le *Règlement sur le service des pénitenciers* et la directive du Commissaire ne doivent pas être interprétés et appliqués de manière à supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou libertés reconnus dans la *Déclaration canadienne des droits* aux termes de l'al. 1b) (le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi), de l'al. 1d) (la liberté de parole) et du sous-al. 2c)(ii) (le droit d'une personne arrêtée ou détenue de retenir et constituer un avocat sans délai). Cet argument échoue également.

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir, (i) le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et (ii) une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi. Dans ce contexte, la Cour fait face à l'interprétation du *Règlement sur le service des pénitenciers* et de la directive du Commissaire nº 219.

On a fait valoir trois interprétations possibles de la portée des art. 2.17 et 2.18 du Règlement qui peuvent déterminer l'étendue du pouvoir du chef d'une institution face à une enveloppe qui paraît provenir d'un avocat ou lui être adressée, dans les cas où il a des motifs de croire que la transmission sans restriction et sans examen du courrier adressé à un détenu en particulier ou envoyé par ce dernier présente un risque pour la sécurité et la sûreté de l'institution. La troisième de ces interprétations est qu'«il peut ordonner que l'enveloppe soit ouverte et examinée dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client». C'est l'interprétation de la portée du Règlement qui donne à un détenu le maximum de possibilités de communiquer avec son avocat par courrier, tout en étant compatible avec le maintien de la sécurité de l'institution.

La «mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client» doit être interprétée de manière que (i) le contenu d'une enveloppe puisse être inspecté pour

1979 Can LII 9 (C.S.C.)

(ii) in limited circumstances, the communication may be read to ensure that it, in fact, contains a confidential communication between solicitor and client written for the purpose of seeking or giving legal advice; (iii) the letter should only be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary to determine the *bona fides* of the communication; (iv) the authorized penitentiary official who examines the envelope, upon ascertaining that the envelope contains nothing in breach of security, is under a duty at law to maintain the confidentiality of the communication.

Per Estey J.: As to the above item (iii) in the catalogue of considerations in the interpretation of the expression "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege", any procedure adopted with reference to the scrutiny of letters passing from solicitor to client should, wherever reasonably possible, recognize the solicitor-client privilege long established in the law.

[*Mellstrom v. Garner*, [1970] 1 W.L.R. 603, distinguished; *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*, [1921] 2 A.C. 438; *Pyx Granite Co. v. Ministry of Housing and Local Government*, [1958] 1 Q.B. 554; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1970] A.C. 403; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618; *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. 644; *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.* (1975), 65 D.L.R. (3d) 228; *Re Borden and Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re BX Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], dismissing an appeal from a judgment of Addy J. who dismissed the appellant's application for a declaration. Appeal dismissed.

Ronald Price, Q.C., and *David P. Cole*, for the appellant.

[1] [1978] 2 F.C. 632, 86 D.L.R. (3d) 316.

déceler la contrebande, (ii) dans des cas limités, la communication puisse être lue pour s'assurer qu'elle renferme effectivement une communication à caractère confidentiel entre l'avocat et son client aux fins de consultation ou d'avis juridiques; (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication; (iv) le fonctionnaire compétent du pénitencier qui examine l'enveloppe, après s'être assuré que cette dernière ne renferme rien qui enfreigne la sécurité, ait l'obligation légale de garder la communication confidentielle.

Le juge Estey: Quant au point (iii) susmentionné et figurant dans la liste des considérations afférentes à l'interprétation de la phrase «dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client», toute procédure visant l'examen de lettres échangées entre un avocat et son client devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, reconnaître le privilège entre avocat et client depuis longtemps ancré dans nos principes de droit.

[Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *Mellstrom v. Garner*, [1970] 1 W.L.R. 603; *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*, [1921] 2 A.C. 438; *Pyx Granite Co. v. Ministry of Housing and Local Government*, [1958] 1 Q.B. 554; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1970] A.C. 403; *In re le Directeur des enquêtes et recherches et Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618; *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. 644; *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.* (1975), 65 D.L.R. (3d) 228; *Re Borden and Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re BX Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1] qui a rejeté un appel interjeté du jugement du juge Addy, qui avait rejeté la demande de jugement déclaratoire de l'appelant. Pourvoi rejeté.

Ronald Price, c.r., et *David P. Cole*, pour l'appelant.

[1] [1978] 2 C.F. 632, 86 D.L.R. (3d) 316.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

E. Bowie and *J.-Paul Malette*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

DICKSON J.—This case concerns the censorship of prisoners' mail and the right of an inmate of a federal penitentiary to communicate in confidence with his solicitor. The appellant, imprisoned at Millhaven Institution, commenced an action in the Federal 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".

I

Prison Disciplinary Regime

The penitentiary authorities rely upon the following statutes and Regulations as authorizing restrictions upon the personal correspondence of prison inmates. Section 660(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provides that a sentence of imprisonment shall be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which the prisoner is sentenced. Section 29(1) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, empowers the Governor in Council to make regulations for the custody, treatment, training, employment, and discipline of inmates, and, generally, for carrying into effect the purposes and provisions of the *Penitentiary Act*. Section 29(3) authorizes the Commissioner of Penitentiaries to make rules, known as Commissioner's directives, for the custody, treatment, training, employment, and discipline of inmates, and the good government of penitentiaries.

Pursuant to the foregoing, *Penitentiary Service Regulations* SOR/62-90, were passed, which provide in part, as follows:

E. Bowie et *J.-Paul Malette*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE DICKSON—Cette affaire porte sur la censure du courrier des prisonniers et sur le droit d'un détenu d'un pénitencier fédéral de communiquer en confidence avec son avocat. L'appelant, détenu à l'institution de Millhaven, a intenté une action en Cour fédérale afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que [TRADUCTION] «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».

I

Le régime disciplinaire en milieu carcéral

Les autorités pénitentiaires tirent leur pouvoir d'imposer des restrictions à la correspondance personnelle des détenus des lois et du Règlement qui suivent. Le paragraphe 660(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, prévoit qu'une sentence d'emprisonnement doit être purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l'institution où le prisonnier est incarcéré. Le paragraphe 29(1) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, donne au gouverneur en conseil le pouvoir d'édicter des règlements relatifs à la garde, au traitement, à la formation, à l'emploi et à la discipline des détenus et, de façon générale, à la réalisation des objets de la *Loi sur les pénitenciers* et à l'application de ses dispositions. Le paragraphe 29(3) donne au Commissaire des pénitenciers le pouvoir d'établir des règles, connues sous le nom d'Instructions du commissaire, concernant la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judicieuse des pénitenciers.

Le *Règlement sur le service des pénitenciers*, DORS/62-90, a été adopté en application des dispositions qui précèdent. Il prévoit notamment ce qui suit:

1979 CanLII 19 (CSC)

Institutional Heads

1.12(1) The institutional head is responsible for the direction of his staff, the organization, safety and security of his institution and the correctional training of all inmates confined therein.

Visiting and Correspondence

2.17 The visiting and correspondence privileges that may, in accordance with directives, be permitted to inmates shall be such as are, in all the circumstances, calculated to assist in the reformation and rehabilitation of the inmate.

Censorship

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 will be observed then that the Regulations, the validity of which are not challenged by the appellant, expressly recognize the authority of the institutional head of a penitentiary to order censorship of inmate correspondence to the extent considered necessary or desirable for the security of the institution. These Regulations are implemented by Commissioner's Directive No. 219 (as amended following the date of issuance of the statement of claim in these proceedings, but prior to the date of trial). The following paragraphs are pertinent to the present inquiry:

Directive

5. 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

Chefs d'institutions

1.12(1) Le chef d'institution est responsable de la direction de son personnel, de l'organisation, de la sûreté et de la sécurité de son institution, y compris la formation disciplinaire des détenus qui y sont incarcérés.

Visites et correspondance

2.17 Les privilèges concernant les visiteurs et la correspondance, qui peuvent conformément aux directives être accordés aux détenus, doivent être tels qu'en toutes circonstances ils contribuent à la rééducation et à la réadaptation du détenu.

Censure

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.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

Il convient de noter que le Règlement, dont la validité n'est pas contestée par l'appelant, reconnaît expressément le pouvoir du chef d'une institution pénitentiaire d'ordonner la censure de la correspondance des détenus selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la sécurité de l'institution. La Directive du commissaire nº 219 (modifiée postérieurement à la date de la signification de la déclaration dans les présentes procédures mais antérieurement à la date de l'instruction) met en application ce règlement. Les alinéas suivants s'appliquent en l'espèce:

Directive

5. 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.

c. Sous réserve du paragraphe 14, chaque détenu sera autorisé à correspondre avec qui il voudra et

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.

Paragraph 5 d. makes provision for inspection for contraband, in these terms:

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.

Censorship, dealt with in para. 7, is defined as any examination (other than for the express purpose of searching for contraband) and includes the reading, reproducing, extracting, or withdrawing of inmate correspondence. Paragraph 7 b. makes the point that censorship in any form is to be avoided, but reserves to the Commissioner of Penitentiaries and to the Institutional Director the authority to censor for one of two purposes, the rehabilitation of the inmate, or the security of the institution. Paragraph 7 b. reads:

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

The Directive seeks to maintain the confidentiality of the contents of correspondence. Paragraph 7 c. states that only authorized staff shall be allowed to read inmate mail, when necessary, and further provides that no comments, other than those required for official duties, shall be made to other members of the staff on the contents of the correspondence.

Paragraph 8 of Directive 219 speaks of "privileged correspondence", defined as "properly identified and addressed items directed to and received from" any of a lengthy list of persons including, among others, members of the Senate, members of the House of Commons, members of provincial

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.

L'alinéa 5 d. prévoit l'inspection de la correspondance pour prévenir la contrebande:

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.

La censure signifie, aux termes du par. 7, tout examen (autre que dans le but exprès de chercher des objets de contrebande) et comprend la lecture, la reproduction, l'extraction ou l'interception de la correspondance des détenus. L'alinéa 7 b. établit la règle que la censure, sous quelque forme qu'elle soit, doit être évitée, mais réserve au Commissaire des pénitenciers et au directeur de l'institution le pouvoir de censurer dans l'un des deux buts suivants, la réadaptation sociale du détenu ou la sécurité de l'institution. L'alinéa 7 b. se lit comme suit:

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 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.

La directive cherche à maintenir le caractère confidentiel du contenu de la correspondance. L'alinéa 7 c. prévoit que seul le personnel autorisé pourra lire le courrier des détenus, si nécessaire, et prévoit en outre qu'aucune observation sur son contenu autre que celles que commande l'exercice de fonctions officielles ne sera faite à d'autres membres du personnel.

Le paragraphe 8 de la directive nº 219 définit la «correspondance privilégiée» comme celle «se rapportant à des pièces dont les identificateurs et adresses sont indiqués comme il se doit et dont la destination ou la provenance» se rattache à l'une des nombreuses catégories de personnes énumé-

legislatures, and provincial ombudsmen. Conspicuous is the absence of any reference to inmates' legal representatives. Privileged correspondence is forwarded to the addressee unopened with the proviso that in exceptional cases, where institutional staff suspect contraband in such privileged correspondence, the Commissioner's approval shall be obtained before it is opened. Paragraph 8 clearly countenances the maintenance of uncensored channels of mail for complaints and grievances. But the restricted listing of destinations assures that the channels through which grievances pass are limited to internal procedures (Solicitor General, Commissioner of Penitentiaries, Correctional Investigator) or political outlets (Members of Parliament and Senators). Lawyers are mentioned in paragraph 10 c. of Directive No. 219, "Use of Telephone and Telegraph", which reads:

> c. In urgent cases where lawyers call their inmate clients, and wish to communicate privately with them, the institutional authorities shall ask the lawyer to leave his name and telephone number and, following verification of the lawyer's identity, a call shall originate from the institution.

For the purposes of trial, an agreed statement of facts was filed. Paragraphs 4 and 5 of the statement are in the following terms:

> 4. Pursuant to section 6 paragraph (b) [s. 7(b), as amended,] of Directive No. 219, John Dowsett, Director of Millhaven Institution has ordered that William (Billy) Solosky's mail be opened and read. This order has been applied to mail originating from his solicitor David Cole.
>
> 5. William (Billy) Solosky's mail is being read because it is John Dowsett's opinion that William (Billy) Solosky's conduct, activities and attitude cause him to believe that attention should be paid to his incoming and outgoing correspondence. Those letters which are deemed to be significant with respect to the security of the institution are being brought to the attention of John Dowsett.

Paragraph 5 of the statement of defence clarifies any obscurity in para. 5 of the agreed statement of facts. The statement of defence reads "The security of the Millhaven Institution has required that the Plaintiff's mail be opened."

rées, notamment, les sénateurs, les députés fédéraux, les députés provinciaux et les ombudsmans provinciaux. L'absence de toute mention des conseillers juridiques des détenus est frappante. La correspondance privilégiée est envoyée au destinataire sans avoir été ouverte sous réserve qu'en des cas exceptionnels où le personnel de l'établissement soupçonne qu'un envoi privilégié contient des objets de contrebande, on obtienne l'approbation du Commissaire avant de l'ouvrir. Le paragraphe 8 consacre clairement le maintien de canaux non censurés pour la correspondance relative aux plaintes et aux griefs; mais l'énumération restreinte des destinataires assure que les canaux empruntés par les griefs débouchent seulement sur les procédures internes (Solliciteur général, Commissaire des pénitenciers, Enquêteur correctionnel) ou les politiciens (députés et sénateurs). L'alinéa 10 c. de la directive nº 219, intitulé «Usage du téléphone et du télégraphe», fait mention des avocats:

> c. Dans des cas urgents où des avocats appellent leurs clients détenus et désirent communiquer en privé avec eux, les autorités de l'institution demanderont à l'avocat de laisser son nom et son numéro de téléphone et, après une vérification de l'identité de l'avocat, un appel proviendra de l'institution.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

Aux fins du procès, un exposé conjoint des faits a été déposé, dont les par. 4 et 5 se lisent comme suit:

> [TRADUCTION] 4. Conformément à l'al. 6b) [al. 7b), modifié] de la directive nº 219, John Dowsett, directeur de l'institution de Millhaven, a ordonné que le courrier de William (Billy) Solosky soit ouvert et lu. Cet ordre a été appliqué au courrier en provenance de son avocat, Mᵉ David Cole.
>
> 5. Le courrier de William (Billy) Solosky doit être lu parce que John Dowsett est d'avis que la conduite, les activités et l'attitude de Solosky justifient une surveillance de son courrier à l'envoi et à la réception. Les lettres qui sont réputées présenter un intérêt pour la sécurité de l'établissement sont portées à l'attention de John Dowsett.

Le paragraphe 5 de la défense dissipe toute ambiguïté du par. 5 de l'exposé conjoint des faits. La défense précise que [TRADUCTION] «La sécurité de l'institution de Millhaven exige que le courrier du demandeur soit ouvert».

II

Judicial History

Mr. Justice Addy, at trial, was of the view that solicitor and client privilege, upon which the appellant founds his case, can only be claimed document by document and that each document is privileged only to the extent it meets the criteria which would support the privilege. Whether a letter does, in fact, contain a privileged communication cannot be determined until it has been opened and read. There is no logical nor legal justification for permitting correspondence which appears to have emanated from, or to be addressed to, a solicitor to enjoy any special aura of protection. Mr. Justice Addy relied upon these propositions in dismissing the appellant's action, with costs. He buttressed his conclusion by the argument that in this situation it would be too easy for a person to obtain envelopes and letterheads bearing the name and title of a real or fictitious solicitor, and equally as easy for a prisoner to camouflage the true identity of an addressee.

The appellant appealed to the Federal Court of Appeal. In that Court, his counsel amended the pleadings to request a declaration " . . . that henceforth all properly identified items of solicitor-client correspondence should be forwarded to their respective destinations unopened". The revised form of declaration differs little from that appearing in the amended statement of claim. Both are defective, at least to this extent—it is not every item of correspondence passing between solicitor and client to which privilege attaches, for only those in which the client seeks the advice of counsel in his professional capacity, or in which counsel gives advice, are protected. That a privilege may not encompass all solicitor and client communications is clearly illustrated by the correspondence exhibited in the present case. Some of the letters concerned the appellant's parole review. Others merely contained criticism of the administration, information about other inmates, and prison gossip. One letter enclosed a second letter with the request that the second letter be forwarded to a named magazine for publication.

1979 CanLII (CSC)

II

L'historique judiciaire

En première instance, le juge Addy était d'avis que le privilège entre avocat et client, sur lequel l'appelant s'appuie en l'espèce, ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement et qu'un document est privilégié uniquement quand il répond aux critères qui permettent d'appuyer le privilège. On ne peut pas déterminer si une lettre contient effectivement une communication privilégiée avant de l'avoir ouverte et lue. Il n'y a aucune justification logique ou juridique à ce que la correspondance, qui semble provenir d'un avocat ou lui être adressée, jouisse d'une aura protectrice particulière. Le juge Addy s'est fondé sur ces propositions pour rejeter l'action de l'appelant, avec dépens. Il fonde sa conclusion sur l'argument que dans ce cas, il serait trop facile à quiconque de se procurer des enveloppes et du papier à en-tête avec les nom et titre d'un avocat, réel ou imaginaire, et également aussi facile pour un détenu de camoufler l'identité véritable d'un destinataire.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale. Son avocat a modifié les procédures écrites afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant [TRADUCTION] « . . . que désormais, toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre l'avocat et son client soit remise aux destinataires concernés sans être ouverte». Cette nouvelle formulation diffère très peu de celle de la déclaration amendée. Les deux sont imparfaites, au moins dans la mesure où le privilège ne se rattache pas à toute la correspondance échangée entre un avocat et son client, car seules sont protégées les communications en vertu desquelles le client consulte son avocat à titre professionnel ou en vertu desquelles ce dernier lui donne un avis. La correspondance produite en l'espèce illustre clairement qu'un privilège ne peut pas englober toutes les communications entre un avocat et son client. Certaines lettres traitent de l'examen de la libération conditionnelle de l'appelant. D'autres contiennent simplement des critiques de l'administration, des renseignements sur d'autres détenus et des potins de la prison. L'une des lettres renferme une seconde lettre avec une note qui en demande la transmission à une revue désignée afin d'y être publiée.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, holding that a declaration that *all correspondence* between the appellant and his solicitor be declared privileged would extend considerably the ambit of the solicitor-client privilege as it is generally known and understood. To grant the declaration sought would be to give to the appellant an extension of the privilege afforded to the ordinary citizen. As a second ground for rejecting the appeal, the Court held that by issuing an order relating to correspondence not yet written, the court would be granting relief on the basis of purely hypothetical issues, and *in futuro*. Assuming jurisdiction, the case was not one where jurisdiction should be asserted.

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel au motif qu'un jugement qui déclarerait privilégiée *toute la correspondance* échangée entre l'appelant et son avocat élargirait de façon considérable la portée du privilège entre avocat et client tel qu'on le comprend généralement. Accorder la déclaration demandée équivaudrait à donner à l'appelant une extension du privilège dont bénéficie le citoyen ordinaire. Comme second motif de rejet de l'appel, la Cour a conclu qu'en délivrant un ordre relatif à de la correspondance non encore écrite, elle accorderait un redressement fondé sur des questions purement hypothétiques, et pour l'avenir. En supposant que la Cour ait compétence, il ne s'agit pas d'une affaire où elle devrait l'exercer.

III

Declaratory Relief

At the opening of the appeal in this Court, counsel for the appellant moved to substitute, for the prayer for relief in the statement of claim, a declaration that the order of the Director of Millhaven Institution that the appellant's mail be opened and read "insofar as it has been applied to mail originating from his solicitor David Cole, and to mail written by the Plaintiff to his solicitor David Cole, is not authorized by law". The amended form of prayer seems to have been conceived with a view to meeting the point, taken by the Federal Court of Appeal, that the relief earlier sought would relate to letters not yet written.

III

Le jugement déclaratoire

Au début de l'audition devant cette Cour, l'avocat de l'appelant a demandé que le redressement requis dans la déclaration soit remplacé par un jugement déclaratoire portant que l'ordre du directeur de l'institution de Millhaven d'ouvrir et de lire le courrier de l'appelant [TRADUCTION] «quand il a été appliqué au courrier provenant de son avocat, M^e^ David Cole, et à celui expédié par le demandeur à son avocat, M^e^ David Cole, n'est pas légal». Cette modification semble vouloir répondre au point soulevé par la Cour d'appel fédérale que le redressement sollicité auparavant se rapporterait à des lettres non encore écrites.

1979 CanLII 9 (CSC)

With great respect for the views expressed in the Federal Court of Appeal, I do not think that the important issues raised in these proceedings should be determined by the particular form of wording employed in the prayer for relief, or on the basis that the question is hypothetical.

Avec égards pour l'opinion exprimée en Cour d'appel fédérale, je n'estime pas que les questions importantes soulevées dans ces procédures doivent dépendre de l'énoncé particulier de la demande de redressement, ni de l'argument que la question est hypothétique.

Declaratory relief is a remedy neither constrained by form nor bounded by substantive content, which avails persons sharing a legal relationship, in respect of which a 'real issue' concerning the relative interests of each has been raised and falls to be determined.

Le jugement déclaratoire est un recours qui n'est pas restreint par la forme ni limité par le fond et qui appartient à des personnes ayant un lien juridique dont découle une «véritable question» à trancher concernant leurs intérêts respectifs.

The principles which guide the court in exercising jurisdiction to grant declarations have been

Les principes qui guident le tribunal dans l'exercice de sa compétence en matière de jugement

stated time and again. In the early case of *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*[2], in which parties to a contract sought assistance in construing it, the Court affirmed that declarations can be granted where real, rather than fictitious or academic, issues are raised. Lord Dunedin set out this test (at p. 448):

> The question must be a real and not a theoretical question, the person raising it must have a real interest to raise it, he must be able to secure a proper contradictor, that is to say, someone presently existing who has a true interest to oppose the declaration sought.

In *Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Government*[3], (rev'd [1960] A.C. 260, on other grounds), Lord Denning described the declaration in these general terms (p. 571):

> ... if a substantial question exists which one person has a real interest to raise, and the other to oppose, then the court has a discretion to resolve it by a declaration, which it will exercise if there is good reason for so doing.

The jurisdiction of the court to grant declaratory relief was again stated, in the broadest language, in *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*[4], a case in which the applicant sought a declaration that a proposed motion of the pharmaceutical society, if passed, would be *ultra vires* its objects and in unreasonable restraint of trade. In the course of his judgment, Lord Upjohn stated, at p. 433:

> A person whose freedom of action is challenged can always come to the court to have his rights and position clarified, subject always, of course, to the right of the court in exercise of its judicial discretion to refuse relief in the circumstances of the case.

In the instant case, *Mellstrom v. Garner*[5], was cited in the Federal Court of Appeal in support of

[2] [1921] 2 A.C. 438.
[3] [1958] 1 Q.B. 554.
[4] [1970] A.C. 403 (H.L.).
[5] (1970) 1 W.L.R. 603.

déclaratoire ont été maintes fois exposés. Dans une affaire ancienne *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.*[2], où les parties à un contrat ont demandé une aide pour l'interpréter, la Cour a affirmé qu'un jugement déclaratoire peut être accordé lorsque des questions réelles, et non fictives ou théoriques, sont soulevées. Lord Dunedin a formulé le critère suivant (à la p. 448):

> [TRADUCTION] La question doit être réelle et non théorique, celui qui la soulève doit avoir un intérêt réel à le faire et il doit pouvoir présenter un adversaire valable, c'est-à-dire quelqu'un ayant un intérêt véritable à s'opposer à la déclaration sollicitée.

Dans *Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Government*[3], (inf. [1960] A.C. 260, pour d'autres motifs), lord Denning décrit la nature du jugement déclaratoire en ces termes (p. 571):

> [TRADUCTION] ... s'il existe une question de fond que quelqu'un a un intérêt réel à soulever, et quelqu'un d'autre à s'y opposer, alors le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de la résoudre par voie de jugement déclaratoire, ce qu'il fera si c'est justifié.

La compétence du tribunal de rendre des jugements déclaratoires a encore été énoncée, en termes très généraux, dans l'arrêt *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*[4]. Dans cette affaire, le requérant sollicitait un jugement portant qu'une proposition de la société pharmaceutique, advenant son adoption, outrepasserait les objets de la société et constituerait une limitation injustifiée du commerce. Lord Upjohn s'est exprimé en ces termes dans son jugement, à la p. 433:

> [TRADUCTION] Une personne dont la liberté d'action est contestée peut toujours s'adresser au tribunal afin de faire éclaircir ses droits et sa situation, toujours sous réserve, bien entendu, du droit du tribunal dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, de refuser le redressement demandé dans les circonstances de l'affaire.

L'arrêt *Mellstrom v. Garner*[5], a été cité en Cour d'appel fédérale à l'appui de la proposition que les

[2] [1921] 2 A.C. 438.
[3] [1958] 1 Q.B. 554.
[4] [1970] A.C. 403 (Ch. L.).
[5] [1970] 1 W.L.R. 603.

1975 Carswell 99 (C.S.C.)

the proposition that courts will not grant declarations regarding the future. There, a chartered accountant and former partner of the defendant sought a declaration as to the true construction of the agreement by which the partnership had been dissolved. The plaintiff asked whether, having regard to a clause in the agreement, he would be in breach were he to solicit clients or business of the 'continuing partners'. Karminski L.J. held that declarations concerning the future ought to be approached with considerable reserve. Since neither the plaintiff nor the defendants had broken the provisions of the clause in question, nor sought to do so, there was no useful purpose to be gained in granting the declaration. The application was dismissed. That is a very different case from the present one.

tribunaux n'accordent pas de jugements déclaratoires sur des questions concernant le futur. Un comptable agréé, ancien associé des défendeurs, y demandait un jugement déclaratoire sur la bonne interprétation de la convention de dissolution de la société. Le demandeur voulait savoir si, vu une clause de la convention, solliciter pour son compte des clients ou des affaires des «associés restant» constituait une violation de la convention. Le lord juge Karminski a conclu que les jugements déclaratoires sur des questions concernant le futur doivent être abordés avec beaucoup de réserve. Puisque ni le demandeur ni les défendeurs n'avaient violé les dipositions de la clause en question ni cherché à le faire, il ne servait à rien d'accorder le jugement déclaratoire. La requête a été rejetée. Cette affaire est très différente de la présente affaire.

As Hudson suggests in his article, "Declaratory Judgments in Theoretical Cases: The Reality of the Dispute" (1977), 3 Dal.L.J. 706:

> The declaratory action is discretionary and the two factors which will influence the court in the exercise of its discretion are the utility of the remedy, if granted, and whether, if it is granted, it will settle the questions at issue between the parties.

Comme le laisse entendre Hudson dans son article intitulé «Declaratory Judgments in Theoretical Cases: The Reality of the Dispute» (1977), 3 Dal.L.J. 706:

> [TRADUCTION] Le jugement déclaratoire est de nature discrétionnaire et les deux facteurs qui vont influencer le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sont l'utilité du redressement, s'il est accordé, et la probabilité dans ce cas qu'il puisse régler les questions en litige entre les parties.

1979 Carswell 9 (S.C.C.)

The first factor is directed to the "reality of the dispute". It is clear that a declaration will not normally be granted when the dispute is over and has become academic, or where the dispute has yet to arise and may not arise. As Hudson stresses, however, one must distinguish, on the one hand, between a declaration that concerns "future" rights and "hypothetical" rights, and, on the other hand, a declaration that may be "immediately available" when it determines the rights of the parties at the time of the decision together with the necessary implications and consequences of these rights, known as future rights. (p. 710)

Le premier facteur vise la «réalité du litige». Il est clair qu'un jugement déclaratoire n'est normalement pas accordé lorsque le litige est passé et est devenu théorique ou lorsque le litige n'est pas encore né et ne naîtra probablement pas. Toutefois, comme Hudson le souligne, il faut faire la distinction entre d'une part un jugement déclaratoire qui vise des droits «futurs» et des droits «hypothétiques» et, d'autre part, un jugement déclaratoire qui peut être [TRADUCTION] «applicable sur-le-champ» lorsqu'il détermine les droits des parties au moment de la décision ainsi que les implications et conséquences indissociables de ces droits, ce qu'on appelle les «droits futurs». (p. 710)

Here there can be no doubt that there is a real and not a hypothetical, dispute between the parties. The declaration sought is a direct and present challenge to the censorship order of the Director of

En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il existe entre les parties un litige réel et non un litige hypothétique. Le jugement déclaratoire sollicité attaque directement et maintenant l'ordre de cen-

Millhaven Institute. That order, so long as it continues, from the past through the present and into the future, is in controversy. The fact that a declaration today cannot cure past ills, or may affect future rights, cannot of itself, deprive the remedy of its potential utility in resolving the dispute over the Director's continuing order.

Once one accepts that the dispute is real and that the granting of judgment is discretionary, then the only further issue is whether the declaration is capable of having any practical effect in resolving the issues in the case.

The determination of the right of prison inmates to correspond, freely and in confidence with their solicitors, is of great practical importance, although, admittedly, any such determination relates to correspondence not yet written.

However poorly framed the prayer for relief may be, even as twice amended, the present claim is clearly directed to the procedures for handling prison mail and the invocation in relation thereto of solicitor-client privilege. It is not directed to the characterization of specific and individual items of correspondence. If the appellant is entitled to a declaration, it is within this Court's discretion to settle the wording of the declaration: see de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed. 1973, p. 431). Further, s. 50 of the *Supreme Court Act* allows the Court to make amendments necessary to a determination of the "real issue", without application by the parties.

IV

Solicitor-Client Privilege

As I have indicated, the main ground upon which the appellant rests his case is solicitor-client privilege. The concept of privileged communications between a solicitor and his client has long been recognized as fundamental to the due administration of justice. As Jackett C.J. aptly

sure du directeur de l'institution de Millhaven. Cet ordre, tant qu'il reste en vigueur, du passé au présent et dans l'avenir, est contesté. Le fait qu'un jugement déclaratoire accordé aujourd'hui ne puisse réparer les maux passés ou puisse toucher aux droits futurs, ne prive pas le recours de son utilité potentielle dans la solution du litige découlant de l'ordre permanent du directeur.

Une fois admis qu'il existe un litige réel et qu'accorder un jugement est discrétionnaire, alors la seule autre question à résoudre est de savoir si le jugement déclaratoire est à même de régler, de façon pratique, les questions en l'espèce.

Déterminer le droit d'un détenu de correspondre librement et en confidence avec son avocat est d'une importance pratique considérable même si, de l'aveu général, pareille détermination se rapporte à de la correspondance non encore écrite.

Aussi mal rédigée que puisse être la demande de redressement, même avec ses deux modifications, la présente réclamation vise clairement les procédures de traitement du courrier en prison et le recours à cet égard au privilège entre avocat et client. Elle ne porte pas sur la caractérisation de pièces de correspondance précises et individuelles. Si l'appelant a droit à un jugement déclaratoire, il relève du pouvoir discrétionnaire de cette Cour d'en fixer l'énoncé. Voir de Smith, *Judicial Review of Administration Action* (3e ed. 1973, p. 431). De plus, l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême* donne à la Cour le pouvoir de faire les amendements nécessaires pour statuer sur la «véritable question», sans que demande en ait été faite par les parties.

IV

Le privilège entre avocat et client

Comme je l'ai déjà indiqué, le moyen principal sur lequel l'appelant se fonde est le privilège entre avocat et client. La notion des communications privilégiées entre avocat et client est depuis longtemps reconnue comme essentielle à la bonne administration de la justice. Comme le juge en

1979 CanLII 1 (S.C.C.)

stated in *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*[6], at pp. 78-9:

> ... the protection, civil and criminal, afforded to the individual by our law is dependent upon his having the aid and guidance of those skilled in the law untrammelled by any apprehension that the full and frank disclosure by him of all his facts and thoughts to his legal advisor might somehow become available to third persons so as to be used against him.

The history of the privilege can be traced to the reign of Elizabeth I (see *Berd v. Lovelace*[7] and *Dennis v. Codrington*[8]). It stemmed from respect for the 'oath and honour' of the lawyer, dutybound to guard closely the secrets of his client, and was restricted in operation to an exemption from testimonial compulsion. Thereafter, in stages, privilege was extended to include communications exchanged during other litigation, those made in contemplation of litigation, and finally, any consultation for legal advice, whether litigious or not. The classic statement of the policy grounding the privilege was given by Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell*[9], at p. 620:

> The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection (though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisers).
>
> But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources. Deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

[6] (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, [1975] F.C. 184.
[7] (1577), 21 E.R. 33.
[8] (1580), 21 E.R. 53.
[9] (1833), 39 E.R. 618.

chef Jackett l'a dit avec justesse dans *In re le Directeur des enquêtes et recherches et Shell Canada Ltd.*[6], aux pp. 78 et 79:

> ... la protection civile et criminelle, que nos principes de droit accordent à l'individu est subordonnée à l'assistance et aux conseils que l'individu reçoit d'hommes de loi sans aucune crainte que la divulgation pleine et entière de tous ses actes et pensées à son conseiller juridique puisse de quelque façon être connue des tiers de manière à être utilisée contre lui.

L'histoire du privilège remonte au règne d'Élizabeth I (voir *Berd v. Lovelace*[7] et *Dennis v. Codrington*[8]). Il découle alors du respect [TRADUCTION] «du serment et de l'honneur» de l'avocat, tenu de garder étroitement les secrets de son client, et est limité, dans son application, à une exemption de l'obligation de témoigner. Par la suite et progressivement, le privilège est élargi afin d'inclure les communications échangées au cours d'autres litiges, celles faites en vue d'un litige et enfin toute consultation juridique sur une question litigieuse ou non. L'énoncé classique du principe sur lequel repose le privilège a été fait par le lord chancelier Brougham dans *Greenough v. Gaskell*[9], à la p. 620:

> [TRADUCTION] Le fondement de cette règle n'est pas difficile à trouver. Ce n'est ni la conséquence (comme on l'a quelquefois dit) d'une importance particulière que le droit attribue aux affaires des juristes, ni le résultat de dispositions particulières leur accordant une protection (même s'il n'est certes pas tellement facile de voir pourquoi on a refusé le même privilège à d'autres personnes et, plus particulièrement, aux médecins).
>
> Mais c'est en considération des intérêts de la justice, qui ne peuvent être respectés, et de l'administration de la justice, qui ne peut suivre son cours, sans l'aide d'hommes de loi versés dans la théorie générale du droit, les règles de procédure devant les tribunaux et les matières touchant les droits et les obligations, qui font l'objet de toutes les procédures judiciaires. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun devrait s'en remettre à ses propres ressources en matière juridique. Privée de toute assistance professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste ou oserait seulement divulguer partiellement l'affaire à son conseil.

[6] (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, [1975] C.F. 184.
[7] (1577) 21 E.R. 33.
[8] (1580), 21 E.R. 53.
[9] (1833), 39 E.R. 618.

1979 CanLII 16 (C.S.C.)

The rationale was put this way by Jessel M.R. in *Anderson v. Bank of British Columbia*[10], at p. 649:

> The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have resource to the assistance of professional lawyers, and it being so absolutely necessary, it is equally necessary, to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence against the claim of others; that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so makes to him should be kept secret, unless with his consent (for it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

Wigmore [8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961) para. 2292] framed the modern principle of privilege for solicitor-client communications, as follows:

> Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to the purpose made in confidence by the client are at his instance permanently protected from disclosures by himself or by the legal adviser except the protection be waived.

There are exceptions to the privilege. The privilege does not apply to communications in which legal advice is neither sought nor offered, that is to say, where the lawyer is not contacted in his professional capacity. Also, where the communication is not intended to be confidential, privilege will not attach, *O'Shea v. Woods*[11], at p. 289. More significantly, if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. The classic case is *R. v. Cox and Railton*[12], in which Stephen J. had this to say (p. 167): "A communi-

[10] (1876), 2 Ch. 644.
[11] [1891] P. 286.
[12] (1884), 14 Q.B.D. 153.

Le maître des rôles Jessel, dans *Anderson v. Bank of British Columbia*[10], à la p. 649, traite de ce principe en ces termes:

> [TRADUCTION] L'objet et le sens de la règle sont les suivants: puisqu'en raison de la complexité et de la difficulté de nos principes de droit, seuls des hommes de l'art sont qualifiés pour s'occuper d'un litige, il est absolument nécessaire qu'un homme, pour faire valoir ses droits ou pour se défendre contre une réclamation indue, ait recours à des avocats en titre. Ceci étant absolument nécessaire, il l'est autant, pour reprendre une expression familière, qu'il soit capable de dire ce qu'il a sur le cœur à celui qu'il consulte en vue d'intenter des procédures ou de prouver le bien-fondé de sa défense à l'encontre de la réclamation de tiers; qu'il ait une confiance illimitée dans son mandataire, homme de l'art, et que ses communications à ce dernier soient tenues secrètes, sauf s'il consent à renoncer à son privilège (car il s'agit du sien et non de celui du mandataire), qu'il puisse mener de façon appropriée son litige.

Wigmore [8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961) par. 2292] formule comme suit le principe moderne du privilège des communications entre avocat et client:

> [TRADUCTION] Lorsque l'on consulte un conseiller juridique en titre, les communications qui se rapportent à la consultation et que le client a faites en confidence font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

Le privilège connaît des exceptions. Il ne s'applique pas aux communications qui n'ont trait ni à la consultation juridique ni à l'avis donné, c'est-à-dire, lorsque l'avocat n'est pas consulté en sa qualité professionnelle. De même, le privilège ne se rattache pas à une communication qui n'est pas censée être confidentielle, *O'Shea v. Woods*[11], à la p. 289. Plus significatif, si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. L'arrêt classique est *R. v. Cox and Railton*[12], où le juge Stephen s'exprime en ces termes (p. 167): [TRADUCTION] «Une

[10] (1876), 2 Ch. 644.
[11] [1891] P. 286.
[12] (1884), 14 Q.B.D. 153.

1979 Can LII 9 (S.C.)

cation in furtherance of a criminal purpose does not 'come in the ordinary scope of professional employment'."

Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits. See *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.*[13]; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd., supra; Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.*[14]; *Re Borden and Elliot and The Queen*[15], (affirmed on other grounds[16]; *Re BX Development Inc. and The Queen*[17]; *Re B and The Queen*[18].

While there is no question that the Canadian courts have been moving towards a broader concept of solicitor-client privilege, I do not think the concept has been stretched far enough to save the appellant's case. Although there has been a move away from treating solicitor-client privilege as a rule of evidence that can only be asserted at the time the privileged material is sought to be introduced as evidence, the move from rigid temporal restrictions has not gone as far as the appellant contends. In the factum of the appellant, it is suggested that the privilege has come to be recognized as a "fundamental principle", more properly characterized as a "rule of property". The cases cited in support of this proposition, however, all involved search warrants that caught documents to which the privilege unquestionably attached. In those cases, such as *Re Borden & Elliot and The Queen, supra*, the search warrant led to the seizure of documents believed "to afford evidence." If privilege were to attach to the documents, then such material could not afford evidence at trial and hence the evidentiary connection remained.

[13] (1972), 26 D.L.R. (3d) 745 (B.C.S.C.).
[14] (1975), 65 D.L.R. (3d) 228 (Ont. H.C.).
[15] (1975), 30 C.C.C. (2d) 337.
[16] (1975), 30 C.C.C. (2d) 345 (Ont. C.A.).
[17] (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (B.C.C.A.).
[18] (1977), 36 C.C.C. (2d) 235 (Ont. Prov. Ct.).

communication faite en vue de servir un dessein criminel ne «relève pas de la portée ordinaire des services professionnels.»

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites. Voir *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.*[13]; *In re le Directeur des enquêtes et recherches et Shell Canada Ltd.*, précité; *Re Presswood et al. and International Chemalloy Corp.*[14]; *Re Borden and Elliot and The Queen*[15], (*confirmé sur d'autres motifs*)[16]; *Re BX Development Inc. and The Queen*[17]; *Re B and The Queen*[18].

Même s'il ne fait aucun doute que les tribunaux canadiens s'orientent vers une notion plus large du privilège entre avocat et client, je n'estime pas que la notion ait été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appelant. Bien qu'il y ait eu un mouvement qui tende à éloigner le privilège entre avocat et client de la règle de preuve qui ne peut être invoquée qu'au moment où l'on tente de produire des documents privilégiés, cet éloignement des restrictions temporelles rigides ne va pas aussi loin que le prétend l'appelant. Dans son factum, il allègue que le privilège est maintenant reconnu comme un «principe fondamental», plus justement qualifié de «règle de propriété». Toutefois, les décisions citées à l'appui de cette proposition mettent toutes en cause des mandats de perquisition qui avaient permis la saisie de documents auxquels s'appliquait indiscutablement le privilège. Dans ces affaires comme, par exemple, *Re Borden & Elliot and The Queen*, précitée, le mandat de perquisition a conduit à la saisie de documents susceptibles [TRADUCTION] «de fournir une preuve». Si le privilège devait s'appliquer aux documents, alors

[13] (1972), 26 D.L.R. (3d) 745 (C.S.C.-B.).
[14] (1975), 65 D.L.R. (3d) 228 (H.C. Ont.).
[15] (1975), 30 C.C.C. (2d) 337.
[16] (1975), 30 C.C.C. (2d) 345 (C.A. Ont.).
[17] (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (C.A.C.-B.).
[18] (1977), 36 C.C.C. (2d) 235 (C. prov. Ont.).

(1976 Carswell 946 S.C.R.)

The judgments can be rationalized as merely shifting the time at which the privilege can be asserted. As the comment by Kasting in (1978), 24 McGill L.J. 115, "Recent Developments in the Law of Solicitor-Client Privilege" suggests, the shift away from the strict rule-of-evidence-at-trial approach has taken place by logical extensions. Chassé, in his annotation at (1977), 36 C.R.N.S. 349, The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants, asserts that the privilege is being looked upon "as more akin to a rule of property rather than merely as a rule of evidence" (p. 350), but the privilege, in my view, is not yet near a rule of property. That is what the privilege must become if the appellant is to succeed.

ceux-ci ne pourraient être produits au procès et le lien avec la preuve subsisterait donc. On peut expliquer ces décisions en disant qu'elles ne font que déplacer le moment où l'on peut faire valoir le privilège. Comme le souligne Kasting dans son article (1978), 24 R. de D. McGill 115, «Recent Developments in the Law of Solicitor-Client Privilege» l'éloignement de la conception stricte de règle-de-preuve-au-procès s'est effectué par développements logiques. Chassé, dans son article (1977), 36 C.R.N.S. 349, «The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants» *affirme que le privilège est considéré* [TRADUCTION] «comme plus apparenté à une règle de propriété qu'à une simple règle de preuve» (p. 350), mais le privilège à mon avis est encore très loin de constituer une règle de propriété. C'est ce qu'il doit devenir pour que l'appelant ait gain de cause.

There is no suggestion in the materials in the case at bar that the authorities intend to employ the letters or extracts obtained therefrom as evidence in any proceeding of any kind. Much as one might well wish to analogize from the search warrant cases to the censorship order here impugned, as a form of blanket search warrant upon appellant's mail, the order cannot be characterized as being directed to obtaining or affording evidence in any proceeding. Without the evidentiary connection, which the law now requires, the appellant cannot invoke the privilege.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

Rien ne permet de conclure des pièces déposées au dossier de la présente affaire que les autorités ont l'intention d'utiliser les lettres ou des extraits de ces lettres comme preuve au cours de procédures. Quand bien même l'on souhaiterait pouvoir faire une analogie entre les affaires de mandats de perquisition et l'ordre de censure attaqué en l'espèce, en tant que sorte de mandat de perquisition général relatif au courrier de l'appelant, il reste que l'on ne peut considérer que cet ordre a été rendu en vue d'obtenir ou de fournir une preuve au cours de procédures. A défaut du lien avec la preuve, actuellement exigé en droit, l'appelant ne peut invoquer le privilège.

As Mr. Justice Addy notes, privilege can only be claimed document by document, with each document being required to meet the criteria for the privilege—(i) a communication between solicitor and client; (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties. To make the decision as to whether the privilege attaches, the letters must be read by the judge, which requires, at a minimum, that the documents be under the jurisdiction of a court. Finally, the privilege is aimed at improper use or disclosure, and not at merely opening.

Comme le souligne le juge Addy, le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et chacun doit répondre aux critères du privilège: (i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle. Le juge doit lire les lettres afin de décider si le privilège s'y rattache, ce qui exige, à tout le moins, qu'elles relèvent de la juridiction d'un tribunal. Enfin, le privilège vise à empêcher leur utilisation ou divulgation injustifiée et non simplement leur ouverture.

The complication in this case flows from the unique position of the inmate. His mail is opened

En l'espèce, la complication découle de la situation unique du détenu. Son courrier est ouvert et lu

and read, not with a view to its use in a proceeding, but by reason of the exigencies of institutional security. All of this occurs within prison walls and far from a court or quasi-judicial tribunal. It is difficult to see how the privilege can be engaged, unless one wishes totally to transform the privilege into a rule of property, bereft of an evidentiary basis.

In my view, the statutory disciplinary régime, which I have earlier described, does not derogate from the common law doctrine of solicitor and client privilege, as presently conceived, but the appellant is seeking in this appeal something well beyond the limits of the privilege, even as amplified in modern cases.

V

In aid of his main submission, resting upon privilege, counsel for the appellant argued faintly that the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive should not be construed and applied so as to abrogate, abridge, or infringe any of the rights or freedoms recognized in the *Canadian Bill of Rights* by s. 1(*b*) (the right of the individual to equality before the law and the protection of the law), 1(*d*) (freedom of speech) and 2(*c*)(ii) (the right of a person arrested or detained to retain and instruct counsel without delay). The authorities relied upon by counsel were, in the main, breathalyzer cases dealing with the right of a motorist to communicate with his counsel in private and without delay. These, and other cases cited, give little assistance to the resolution of the issue now before the Court, due to the difference in factual context and relevant considerations. The question in this case is whether the appellant's right to retain and instruct counsel is incompatible with the right of prison authorities to prevent threat to the security of the institution. In my view, there is no such incompatibility provided the exercise of authority is not greater than is necessary to support the security interest. This, as I read it, is precisely the effect of para. 7b. of Directive 219.

en raison des exigences de la sécurité de l'institution et non en vue d'être utilisé dans des procédures judiciaires. Tout ceci se passe à l'intérieur de la prison et, par conséquent, loin d'un tribunal ou d'un organisme quasi judiciaire. Il est difficile de voir comment cela met en jeu le privilège, à moins que l'on veuille totalement le transformer pour en faire une règle de propriété, dépouillée de tout fondement dans la preuve.

A mon avis, le régime disciplinaire établi par la législation, que j'ai décrit précédemment, ne déroge pas à la doctrine de *common law* portant sur le privilège entre avocat et client, dans sa conception actuelle, mais l'appelant cherche en l'espèce quelque chose qui va bien au-delà des limites du privilège malgré l'élargissement que lui ont donné les décisions récentes.

V

A l'appui de son allégation principale qui repose sur le privilège, l'avocat de l'appelant a fait timidement valoir que le *Règlement sur le service des pénitenciers* et la directive du Commissaire ne doivent pas être interprétés et appliqués de manière à supprimer, restreindre ou enfreindre d'un quelconque des droits ou libertés reconnus dans la *Déclaration canadienne des droits* aux termes de l'al. 1*b*) (le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi), de l'al. 1*d*) (la liberté de parole) et du sous-al. 2*c*)(ii) (le droit d'une personne arrêtée ou détenue de retenir et constituer un avocat sans délai). La jurisprudence invoquée par l'appelant porte principalement sur des affaires d'alcootest qui traitent du droit d'un automobiliste de communiquer avec son avocat en privé et sans délai. Ces décisions, ainsi que d'autres citées, ne sont pas d'un grand secours pour résoudre la question litigieuse ici, vu la différence au niveau des faits et des considérations pertinentes. La question en l'espèce est de savoir si le droit de l'appelant de retenir et constituer un avocat est incompatible avec le droit des autorités carcérales d'empêcher que soit menacée la sécurité de l'institution. A mon avis, il n'y a pas d'incompatibilité à la condition que l'exercice du pouvoir n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire dans l'intérêt de la sécurité. C'est précisément l'effet, selon moi, de l'al. 7 b. de la directive nº 219.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

With respect to s. 1(*b*) of the Bill, it has been held by this Court that equality before the law does not require "that all federal statutes must apply to all individuals in the same manner. Legislation dealing with a particular class of people is valid if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective": Martland J., giving the unanimous reasons of this Court in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*[19], at p. 382.

It is difficult to attack the validity of *Penitentiary Service Regulation* 2.18 or Directive 219 with a freedom of speech argument, having regard to the will of Parliament, as reflected in the *Penitentiary Act* and in the *Penitentiary Service Regulations*, which preserves a limited right of censorship by penitentiary authorities in the interests of security and, at the same time, affords inmates a right to communicate freely through uncensored channels with members of Parliament and provincial legislatures, and the many persons listed in para. 8 of Directive 219.

En ce qui concerne l'al. 1*b*) de la Déclaration, cette Cour a jugé que l'égalité devant la loi n'exige pas «que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer de la même manière à tous les individus. Une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier»: le juge Martland, qui a rendu le jugement unanime de cette Cour dans *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*[19], à la p. 382.

Il est difficile de contester la validité de l'art. 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers* ou de la directive nº 219 en faisant valoir la liberté de parole, vu la volonté du Parlement, exprimée dans la *Loi sur les pénitenciers* et dans le *Règlement sur le service des pénitenciers*, de réserver aux autorités pénitentiaires un droit limité de censure dans l'intérêt de la sécurité et, en même temps, de donner aux détenus le droit de communiquer librement par l'intermédiaire de canaux non censurés avec les députés fédéraux et provinciaux et les nombreuses autres personnes énumérées au par. 8 de la directive nº 219.

VI

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that (i) the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client, and (ii) a person confined to prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law.

In that context, the Court is faced with the interpretation of the *Penitentiary Service Regulations* and Commissioner's Directive No. 219. Section 2.18 of the Regulations, as earlier noted, undoubtedly reserves the authority of the institutional head to order censorship of correspondence to the extent considered necessary or desirable for the security of the institution. As a general rule, I do not think it is open to the courts to question the judgment of the institutional head as to what may, or may not, be necessary in order to maintain

[19] [1976] 1 S.C.R. 376.

VI

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir, (i) le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et (ii) une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi.

Dans ce contexte, la Cour fait face à l'interprétation du *Règlement sur le service des pénitenciers* et de la directive du Commissaire nº 219. L'article 2.18 du Règlement, comme on l'a déjà noté, réserve indubitablement au directeur de l'institution le pouvoir d'ordonner la censure de la correspondance selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la sécurité de l'institution. En règle générale, je n'estime pas qu'il est loisible aux tribunaux de mettre en doute le jugement du chef de l'institution sur ce qui peut être nécessaire ou

[19] [1976] 1 R.C.S. 376.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

security within a penitentiary. On the other hand, it is to be noted that *Penitentiary Service Regulation* 2.18 and Commissioner's Directive No. 219 speak in general terms, in their reference to the reading of correspondence and to other forms of censorship, without express mention of solicitor-client correspondence. The right to privacy in solicitor-client correspondence has not been expressly taken away by the language of the Regulations and the Directive.

Most prisons are sufficiently remote that the mail constitutes the prime means of communication to an inmate's solicitor. Nothing is more likely to have a "chilling" effect upon the frank and free exchange and disclosure of confidences, which should characterize the relationship between inmate and counsel, than knowledge that what has been written will be read by some third person, and perhaps used against the inmate at a later date. I do not understand counsel for the Crown to dispute the importance of these considerations.

The result, as I see it, is that the Court is placed in the position of having to balance the public interest in maintaining the safety and security of a penal institution, its staff and its inmates, with the interest represented by insulating the solicitor-client relationship. Even giving full recognition to the right of an inmate to correspond freely with his legal adviser, and the need for minimum derogation therefrom, the scale must ultimately come down in favour of the public interest. But the interference must be no greater than is essential to the maintenance of security and the rehabilitation of the inmate.

The difficulty is in ensuring that the correspondence between the inmate and his solicitor, whether within the doctrine of solicitor-client privilege or not, is not cloaking the passage of drugs, weapons, or escape plans. There must be some mechanism for verification of authenticity. That seems to be generally accepted. Yet, no one has so far suggested what third party mechanism might be adopted, or by what authority the courts could impose such a mechanism upon penitentiary authorities.

non au maintien de la sécurité dans un pénitencier. Par contre, il convient de noter que l'art. 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers* et la directive du Commissaire nº 219 traitent en termes généraux de la lecture de la correspondance et d'autres formes de censure sans mentionner expressément la correspondance entre avocat et client. Le droit au secret en ce qui concerne la correspondance entre avocat et client n'a pas été expressément enlevé par les termes du Règlement et de la directive.

La plupart des prisons sont suffisamment à l'écart pour que le courrier constitue le moyen principal de communication d'un détenu avec son avocat. Rien ne peut probablement autant «glacer» l'échange et la divulgation franches et libres de confidences, qui devraient caractériser les rapports entre un détenu et son avocat, que de savoir que ce qui a été écrit sera lu par un tiers, et peut-être utilisé à l'encontre du détenu ultérieurement. Je ne comprends pas pourquoi le ministère public conteste l'importance de ces considérations.

Il en résulte, selon moi, que la Cour se trouve dans l'obligation de peser l'intérêt public qui veut le maintien de la sécurité et de la sûreté de l'institution carcérale, de son personnel et de ses détenus, et l'intérêt représenté par la protection de la relation avocat-client. Même si l'on reconnaît pleinement le droit d'un détenu de correspondre librement avec son conseiller juridique et la nécessité d'en déroger au minimum, la balance doit, en fin de compte, pencher en faveur de l'intérêt public. Mais l'intervention ne doit pas aller au-delà de ce qui est essentiel au maintien de la sécurité et à la réadaptation du détenu.

La difficulté est de s'assurer que la correspondance entre le détenu et son avocat, qu'elle relève ou non de la doctrine du privilège entre avocat et client, ne dissimule pas la transmission de drogues, d'armes ou de plans d'évasion. Il faut un mécanisme pour en vérifier l'authenticité. Il semble que ce soit généralement admis. Pourtant, personne n'a encore suggéré quel mécanisme de contrôle par un tiers pourrait être adopté ni en vertu de quel pouvoir les tribunaux pourraient l'imposer aux autorités pénitentiaires.

1979 CanLII 9 (S.C.C.)

Counsel for the Crown submits there are three alternative interpretations of the scope of Regulations 2.17 and 2.18 which may govern the extent of the authority of the institutional head in dealing with an envelope which appears to have originated from a solicitor, or to be addressed to a solicitor, in circumstances where the institutional head has reason to believe that the unrestricted and unexamined passage of mail to or from the particular inmate in question represents a danger to the safety and security of the institution:

(a) he may nonetheless permit the letter to be delivered unopened and unexamined to the inmate;

(b) he may suspend the inmate's privilege to receive mail, in respect of that letter, pursuant to sections 2.17 and 2.18 of the *Penitentiary Service Regulations*.

(c) he may order that the envelope be subject to opening and examination to the minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege.

Counsel contends that to interpret the Regulations as requiring the first of these alternatives is to leave the institutional head without the authority he requires to control the potential passage of contraband, or of correspondence which may endanger the safety of the institution, under the guise of confidential communications passing between inmate and solicitor. I agree. I would also reject the second as providing no solution. I agree that the third alternative represents that interpretation of the scope of the Regulations which permits to an inmate the maximum opportunity to communicate with his solicitor through the mails that is consistent with the requirement to maintain the safety and security of the institution.

In my view, the "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege" should be interpreted in such manner that (i) the contents of an envelope may be inspected for contraband; (ii) in limited circumstances, the communication may be read to ensure that it, in fact, contains a confidential communication between solicitor and client written for the purpose of seeking or giving legal advice; (iii) the letter should only be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary

L'avocat du ministère public fait valoir trois interprétations possibles de la portée des art. 2.17 et 2.18 du Règlement qui peuvent déterminer l'étendue du pouvoir du chef d'une institution face à une enveloppe qui paraît provenir d'un avocat ou lui être adressée, dans les cas où il a des motifs de croire que la transmission sans restriction et sans examen du courrier adressé à un détenu en particulier ou envoyé par ce dernier présente un risque pour la sécurité et la sûreté de l'institution:

a) il peut quoi qu'il en soit permettre que la lettre soit livrée au détenu sans avoir été ouverte et examinée;

b) il peut suspendre le privilège du détenu de recevoir du courrier, relativement à cette lettre, conformément aux articles 2.17 et 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers*;

c) il peut ordonner que l'enveloppe soit ouverte et examinée dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client.

L'avocat fait valoir qu'appliquer la première interprétation au Règlement revient à enlever au chef de l'institution le pouvoir dont il a besoin pour contrôler la transmission éventuelle d'objets de contrebande ou de courrier qui puisse mettre en danger la sécurité de l'institution, sous le couvert du caractère confidentiel des communications entre un détenu et son avocat. Je suis d'accord. Je suis également d'avis de rejeter la deuxième interprétation parce qu'elle n'offre aucune solution. Je conviens que la troisième présente l'interprétation de la portée du Règlement qui donne à un détenu le maximum de possibilités de communiquer avec son avocat par courrier, tout en étant compatible avec le maintien de la sécurité de l'institution.

A mon avis, la «mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client» doit être interprétée de manière que (i) le contenu d'une enveloppe puisse être inspecté pour déceler la contrebande, (ii) dans des cas limités, la communication puisse être lue pour s'assurer qu'elle renferme effectivement une communication à caractère confidentiel entre l'avocat et son client aux fins de consultation ou d'avis juridiques; (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas,

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

to determine the *bona fides* of the communication; (iv) the authorized penitentiary official who examines the envelope, upon ascertaining that the envelope contains nothing in breach of security, is under a duty at law to maintain the confidentiality of the communication. Paragraph 7c. of Directive 219 underlines this point.

The appellant has failed to establish entitlement to a declaration in any of the three forms he has advanced in these proceedings. The appeal must be dismissed. The respondent is entitled to costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Dickson and I concur therein. I only wish to add to item (iii) in his catalogue of considerations in the interpretation of the expression "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege". Item (iii) reads as follows:

> (iii) the letter only should be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary to confirm the *bona fides* of the communication;

In my respectful view, any procedure adopted with reference to the scrutiny of letters passing from solicitor to client should, wherever reasonably possible, recognize the solicitor-client privilege long established in the law. Any mechanics adopted for their examination should, subject only to special circumstances indicating an overriding necessity for intervention by the authorities, safeguard communications flowing under the protection of the privilege so as to ensure that the privilege is left in a practical, workable condition; for example, a covering letter from a solicitor forwarding a sealed communication which the solicitor states to be a communication of legal advice should ordinarily shield the enclosure from examination by the authorities. I would dispose of the appeal as proposed by Dickson J.

Appeal dismissed with costs.

uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication; (iv) le fonctionnaire compétent du pénitencier qui examine l'enveloppe, après s'être assuré que cette dernière ne renferme rien qui enfreigne la sécurité, ait l'obligation légale de garder la communication confidentielle. L'alinéa 7c. de la directive nº 219 souligne ce point.

L'appelant n'a pas réussi à établir son droit à un jugement déclaratoire selon l'une des trois formules qu'il a mises de l'avant dans ces procédures. Le pourvoi doit être rejeté. L'intimée a droit à ses dépens dans cette Cour.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson et j'y souscris. Je désire simplement faire un commentaire sur le point (iii) figurant dans sa liste des considérations afférentes à l'interprétation de la phrase «dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client». Le point (iii) porte que:

> (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication;

A mon avis, toute procédure visant l'examen de lettres échangées entre un avocat et son client devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, reconnaître le privilège entre avocat et client depuis longtemps ancré dans nos principes de droit. Tout mécanisme adopté en vue de leur examen devrait, sous réserve uniquement de circonstances spéciales indiquant la nécessité primordiale de faire intervenir les autorités, sauvegarder les communications qui passent sous la protection du privilège de façon à garantir qu'il reste utile et utilisable; par exemple, une lettre explicative d'un avocat dans laquelle se trouve une communication scellée que l'avocat déclare être un avis juridique devrait ordinairement protéger cette communication de tout examen par les autorités. Je suis d'avis de régler le pourvoi comme le propose le juge Dickson.

Pourvoi rejeté avec dépens.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)

Solicitor for the plaintiff, appellant: David P. Cole, Toronto.

Solicitor for the defendant, respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur du demandeur, appelant: David P. Cole, Toronto.

Procureur de la défenderesse, intimée: Roger Tassé, Ottawa.

1979 CanLII 9 (C.S.C.)