

A-442-09
2010 FCA 167

A-442-09
2010 CAF 167

Correctional Service of Canada (represented by the Attorney General of Canada) and Attorney General of Canada (*Appellants*)

Le Service correctionnel du Canada (représenté par le procureur général du Canada) et le procureur général du Canada (*appelants*)

v.

c.

Patrick Mercier (*Respondent*)

Patrick Mercier (*intimé*)

and

et

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Stéphane Linteau, Jean-Pierre Duclos, Pierre Thériault, Raymond Landry, Gérald Matticks, Denis Thibault, Jean Rauzon, Régis Labbé, Richard Dion, Daniel Patry, Daniel Lévesque, Claude Ranger, Jean Deschênes, Gaétan St-Germain, Stéphane Fortin, François Landcop, Benoît Guimond, Patrick Rochefort, Daniel Dusseault (*Respondents*)

Stéphane Linteau, Jean-Pierre Duclos, Pierre Thériault, Raymond Landry, Gérald Matticks, Denis Thibault, Jean Rauzon, Régis Labbé, Richard Dion, Daniel Patry, Daniel Lévesque, Claude Ranger, Jean Deschênes, Gaétan St-Germain, Stéphane Fortin, François Landcop, Benoît Guimond, Patrick Rochefort, Daniel Dusseault (*intimés*)

INDEXED AS: MERCIER v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE)

RÉPERTORIÉ : MERCIER c. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL)

Federal Court of Appeal, Nadon, Pelletier and Trudel JJ.A.—Ottawa, March 16 and June 21, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 16 mars et 21 juin 2010.

Penitentiaries — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review challenging legality of Commissioner of Correctional Service of Canada's Directive banning smoking indoors, outdoors — Federal Court holding, inter alia, that Directive not respecting principles in Corrections and Conditional Release Act, ss. 4(d),(e), Act not prohibiting possession of tobacco or smoking items, outdoor smoking ban not justifiable — Respondents arguing, inter alia, that Directive conflicting with Governor in Council's power to enact regulations — Whether: Commissioner having legislative authority to enact total ban on smoking, Directive falling within scope of Commissioner's powers, measures therein finding support in Act, Corrections and Conditional Release Regulations — Governor in Council's power to make regulations not prohibiting Commissioner from issuing directives regarding matters found in Act, s. 70 — Duty under s. 70 reinforced by wording of Regulations, s. 83 — Parliament intending overlap between Commissioner's power to issue directives, Governor in Council's authority to enact regulations — Commissioner

Pénitenciers — Appel à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer à l'intérieur et à l'extérieur — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la Directive ne respectait pas les principes énoncés aux art. 4d) et e) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, que la Loi n'interdit pas la possession de tabac et d'articles de fumeur et que l'interdiction de fumer à l'extérieur ne pouvait être justifiée — Les intimés soutenaient notamment que la Directive entrerait en conflit avec le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements — Il s'agissait de savoir si le commissaire était légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer, si la Directive entrerait dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu'elle comporte étaient fondées sur la Loi et sur le Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements régissant

having legislative authority to adopt Directive — Directive falling within ambit of Act, s. 97(c) — Federal Court wrongly substituting its view to that of Commissioner — Appeal allowed.

Practice — Notice of constitutional question — Federal Court allowing review of legality of Correctional Service of Canada Directive — In present appeal from that decision, respondents raising Canadian Charter of Rights and Freedoms issues, but failing to file notice of constitutional question pursuant to Federal Courts Act, s. 57(1) — Whether respondents barred from raising Charter issues — Whether Directive “regulation” for purpose of s. 57(1) — Corrections and Conditional Release Act (Act), s. 98(1) designating rules made under Act, s. 97 as “Commissioner’s Directives” — Commissioner’s Directives consequently rules within meaning of Interpretation Act, s. 2 — Notice of constitutional question therefore necessary herein.

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing an application for judicial review challenging the legality of the Commissioner of the Correctional Service of Canada’s Directive banning smoking.

The Directive, issued under the authority of sections 70, 97 and 98 of the *Corrections and Conditional Release Act* (Act), bans smoking and the possession of smoking items indoors and outdoors within the perimeter of federal correctional facilities and community correctional centres. The Federal Court held, *inter alia*, that the Directive does not respect the principles found at paragraphs 4(d) and (e) of the Act, that the Act does not prohibit the possession of tobacco or of smoking items, and that the outdoor smoking ban is not a preventive measure objectively and rationally justifiable by the Commissioner who has full authority under the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations* to enforce an indoor smoking ban.

The respondents argued, *inter alia*, that the Commissioner could not issue the Directive because paragraph 96(e) of the

les questions visées à l’art. 70 n’empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire — Le libellé de l’art. 83 du Règlement renforce l’obligation prévue à l’art. 70 — Le chevauchement entre le pouvoir du commissaire d’établir des directives et le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements était voulu par le législateur — Le commissaire était légalement habilité à établir la Directive — La Directive est de celles qui peuvent être établies en vertu de l’art. 97(c) de la Loi — La Cour fédérale a substitué à tort son opinion à celle du commissaire — Appel accueilli.

Pratique — Avis de question constitutionnelle — La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du Service correctionnel du Canada — Dans le cadre du présent appel à l’encontre de cette décision, les intimés avaient soulevé des questions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés, mais ils avaient omis de signifier un avis de question constitutionnelle en vertu de l’art. 57(1) de la Loi sur les Cours fédérales — Il s’agissait de savoir si les intimés étaient empêchés d’invoquer la Charte — Il s’agissait de savoir si la Directive pouvait être considérée comme un texte d’application au sens de l’art. 57(1) — L’art. 98(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la Loi) prévoit que les règles établies en application de l’art. 97 de la Loi sont des directives du commissaire — En conséquence, les directives du commissaire sont des règles judiciaires au sens de l’art. 2 de la Loi d’interprétation — Un avis de question constitutionnelle était donc nécessaire en l’espèce.

Il s’agissait d’un appel à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer.

La Directive, prise en vertu des articles 70, 97 et 98 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi), interdit de fumer et d’avoir des articles de fumeur en sa possession dans le périmètre d’établissements correctionnels fédéraux et de centres correctionnels communautaires, tant à l’extérieur qu’à l’intérieur des bâtiments. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la Directive ne respectait pas les principes énoncés aux alinéas 4d) et e) de la Loi, que la Loi n’interdit pas la possession de tabac et d’articles de fumeur et que l’interdiction de fumer à l’extérieur des bâtiments n’est pas une mesure préventive pouvant être justifiée de façon objective et rationnelle par le commissaire, qui a plein pouvoir en vertu de la Loi et du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* de faire respecter une interdiction de fumer à l’intérieur.

Les intimés soutenaient notamment que le commissaire ne pouvait pas établir la Directive parce que l’alinéa 96e) de la

Act grants the Governor in Council the power to enact regulations in regard to “the matters referred to in section 70” and, although the respondents did not file a notice of constitutional question, that the Directive triggers the application of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The main issues were as follows: (1) Did the Commissioner have the legislative authority to enact a total ban on smoking? If he did, does the Directive fall within the scope of the Commissioner’s powers and do the measures therein find support in the Act and in the Regulations? (2) Were the respondents barred from raising Charter issues?

Held, the appeal should be allowed.

(1) The Commissioner is not prohibited from issuing directives regarding matters found in section 70 simply because the Act authorizes the Governor in Council to make regulations in regard to those matters. The Correctional Service of Canada’s duty under section 70 to ensure that the living and working conditions of inmates and staff members are safe and healthful is reinforced by the wording of section 83 of the Regulations. However, if the Governor in Council does decide to make regulations in relation to the same subject matter, then those regulations prevail over the Commissioner’s Directives. That being said, given the Commissioner’s broad discretion and the nature of his duties, it was not Parliament’s intent to prevent the Commissioner from issuing directives by reason of section 96 of the Act. The scheme of the Act is inconsistent with an interpretation that would limit the Commissioner’s ability to issue directives. Obliging the Commissioner to determine whether a proposed directive overlaps with the Governor in Council’s regulation-making power would make it very difficult for the Commissioner to issue directives. Finally, Parliament intended for the Commissioner’s power to issue directives and the Governor in Council’s authority to enact regulations to overlap. The prevailing approach to resolving conflicts between legislation and subordinate legislation does not preclude overlap. The Commissioner thus had the legislative authority to adopt the Directive.

The purpose of the Directive and the prohibition of outdoor smoking is to prevent indoor smoking and to protect the health of non-smokers within the confines of federal correctional facilities. The Directive falls within the ambit of paragraph 97(c) of the Act to ensure that the living and working conditions of inmates and employees are safe and healthful. Thus, the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner under the Act and the Regulations. This conclusion was sufficient to dispose of the

Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements relatifs aux « questions visées à l’article 70 » et même s’ils n’avaient pas signifié d’avis de question constitutionnelle, que la Directive entraînait l’application de l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir : 1) si le commissaire était légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer et, dans l’affirmative, si la Directive entrait dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu’elle comporte étaient fondées sur la Loi et le Règlement; et 2) si les intimés étaient empêchés d’invoquer la Charte.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

1) Le simple fait que la Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant les questions visées à l’article 70 n’empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire. Le libellé de l’article 83 du Règlement vient renforcer l’obligation qui incombe au Service correctionnel du Canada en vertu de l’article 70 de veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des employés soient sains et sécuritaires. Cependant, si le gouverneur en conseil décide de prendre des règlements sur les mêmes questions, ces règlements ont préséance sur les directives du commissaire. Cela dit, compte tenu du vaste pouvoir discrétionnaire et de la nature des obligations du commissaire, il n’était pas dans l’intention du législateur que l’article 96 de la Loi empêche le commissaire d’établir des directives. Le régime établi par la Loi s’oppose à une interprétation qui restreindrait le pouvoir du commissaire d’établir des directives. Il serait très difficile pour le commissaire d’établir des directives s’il devait déterminer chaque fois si une directive envisagée touche de quelque façon le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil. Enfin, le chevauchement entre le pouvoir du commissaire d’établir des directives et le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil était voulu par le législateur. Le mécanisme auquel on recourt pour résoudre les conflits entre lois et textes de législation déléguée n’interdit nullement le chevauchement. Le commissaire était donc légalement habilité à établir la Directive.

La Directive et l’interdiction de fumer dehors visent à empêcher que les gens fument à l’intérieur et à protéger la santé des non-fumeurs dans les établissements correctionnels fédéraux. La Directive est de celles qui peuvent être établies en vertu de l’alinéa 97c) de la Loi qui ont pour but de veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des employés soient sains et sécuritaires. La Directive entre donc dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire par la Loi et le Règlement. Cette conclusion

question of the *vires* of the Directive. The Federal Court's role was to determine whether the statutory grant of authority allowed the Commissioner to adopt the Directive. In effect, the Federal Court substituted its view to that of the Commissioner as to whether a total ban on smoking should be implemented in federal correctional facilities.

(2) It is clear that subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* requires a notice to the Attorney General of each province when the constitutionality of an Act of Parliament or of a regulation is challenged. The question to be determined then was whether the Directive can be deemed a "regulation" for the purpose of subsection 57(1). Subsection 98(1) of the Act confers upon the Commissioner the power to designate "any or all rules made under section 97" as a "Commissioner's Directive". Consequently, a Commissioner's Directive is a rule within the meaning of section 2 of the *Interpretation Act*. Thus, the Directive constitutes a regulation and, as a result, a notice of constitutional question was necessary to challenge its constitutionality.

suffisait à trancher la question de la légalité de la Directive. Le rôle de la Cour fédérale consistait à examiner si le pouvoir conféré au commissaire lui permettait d'adopter la Directive. En fait, la Cour fédérale a substitué son opinion à celle du commissaire au sujet de l'opportunité d'instituer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux.

2) Il appert que le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* exige qu'un avis soit transmis au procureur général de chaque province lorsque la validité constitutionnelle de lois fédérales ou de leurs textes d'application (« *regulations* » en anglais) est en cause. La question à trancher était donc celle de savoir si les directives peuvent être considérées comme des « textes d'application » au sens du paragraphe 57(1). Le paragraphe 98(1) de la Loi prévoit que « [l]es règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire ». En conséquence, les directives du commissaire sont une « règle judiciaire » au sens de l'article 2 de la *Loi d'interprétation* et un avis de question constitutionnelle était donc nécessaire pour en contester la constitutionnalité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(a), 7, 12, 15.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1) "contraband", "intoxicant", 3, 4 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 2(F)), 40 to 45, 70 (as am. *idem*, s. 17(F)), 83, 96(e), 97, 98.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 2 "unauthorized item", 83.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 109 (as am. by S.O. 1994, c. 12, s. 42).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 to 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, ss. 26, 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002 c. 8, s. 35), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2 "regulation".
Non-smokers' Health Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 15, s. 3(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2a), 7, 12, 15.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2 « règlement ».
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 28.
Loi sur la santé des non-fumeurs, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 15, art. 3(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) « objets interdits », « substance intoxicante », 3, 4 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2(F)), 40 à 45, 70 (mod., *idem*, art. 17(F)), 83, 96e), 97, 98.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 à 18.5 (édictees par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26, 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109 (mod. par L.O. 1994, ch. 12, art. 42).
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 2 « objet non autorisé », 83.

CASES CITED

APPLIED:

Eaton v. Brant County Board of Education, [1997] 1 S.C.R. 241, (1996), 31 O.R. (3d) 574, 142 D.L.R. (4th) 385; *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595, (1995), 125 D.L.R. (4th) 141, 30 Imm. L.R. (2d) 139 (C.A.); *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, 74 Admin. L.R. (4th) 79, 73 Imm. L.R. (3d) 159.

DISTINGUISHED:

Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board, [1978] 1 S.C.R. 118, (1977), 74 D.L.R. (3d) 1, 33 C.C.C. (2d) 366.

CONSIDERED:

Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc. (2000), 25 Admin. L.R. 224, 61 C.L.R.B.R. (2d) 179, 257 N.R. 338 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Boucher v. Canada (Attorney General), 2007 FC 893, 325 F.T.R. 122; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, 254 D.L.R. (4th) 577, 130 C.R.R. (2d) 99; *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183, 2004 DTC 6404, 323 N.R. 195; *Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135, (1999), 177 D.L.R. (4th) 687, 249 N.R. 37 (C.A.); *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2004 FCA 66, [2004] 3 F.C.R. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258; *Jacobs v. Sports Interaction*, 2006 FCA 116, 348 N.R. 292; *Giagnocavo v. Canada* (1995), 95 D.T.C. 5618, 189 N.S. 225 (F.C.A.); *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, 60 Admin. L.R. (4th) 247, 64 Imm. L.R. (3d) 226; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, [1992] 2 W.W.R. 193.

AUTHORS CITED

Correctional Service Canada. Commissioner's Directive No. 259, "Exposure to Second-Hand Smoke", dated May 5, 2008, online: <<http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/doc/259-cd.pdf>>.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118.

DÉCISION EXAMINÉE :

Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc., 2000 CanLII 15852 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES :

Boucher c. Canada (Procureur général), 2007 CF 893; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Gitksan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.); *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CAF 66, [2004] 3 R.C.F. 436; *Jacobs c. Sports Interaction*, 2006 CAF 116; *Giagnocavo c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1355 (C.A.) (QL); *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

DOCTRINE CITÉE

Service correctionnel Canada. Directive du commissaire n° 259, « Exposition à la fumée secondaire », en date du 5 mai 2008, en ligne : <<http://www.csc-scc.gc.ca/text/plcy/doc/259-cd.pdf>>.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 1071, 359 F.T.R. 273) allowing an application for judicial review of the legality of the Commissioner of the Correctional Service of Canada's Directive banning smoking. Appeal allowed.

APPEL à l'encontre d'une décision (2009 CF 1071) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer. Appel accueilli.

APPEARANCES

Marc Ribeiro and *Éric Lafrenière* for appellants.
Julius H. Grey, Isabelle Turgeon and *Véronique Cyr*
for respondents.

ONT COMPARU

Marc Ribeiro et *Éric Lafrenière* pour les appelants.
Julius H. Grey, Isabelle Turgeon et *Véronique Cyr*
pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Grey Casgrain, Montréal, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les
appelants.
Grey Casgrain, Montréal, pour les intimés.

*The following are the reasons for judgment rendered
in English by*

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

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a judgment rendered by Martineau J. (the Judge) of the Federal Court, 2009 FC 1071, 359 F.T.R. 273, dated October 23, 2009, who allowed the respondents' judicial review application challenging the legality of the Commissioner of the Correctional Service of Canada's (the Commissioner) Directive No. 259 ["Exposure to Second-Hand Smoke", dated May 5, 2008], banning smoking indoors and outdoors within the perimeter of federal correctional facilities, including community correctional centres (CCC). The judgement reads, in part, as follows:

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel d'un jugement de la Cour fédérale en date du 23 octobre 2009 (2009 CF 1071), par lequel le juge Martineau (le juge) a accueilli la demande de contrôle judiciaire concernant la légalité de la Directive n° 259 [« Exposition à la fumée secondaire », en date du 5 mai 2008] du commissaire du Service correctionnel du Canada (le commissaire) interdisant de fumer dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux, y compris les centres correctionnels communautaires (CCC), tant à l'extérieur qu'à l'intérieur. Le jugement comprend notamment ce qui suit :

1. The application is allowed;
2. Prohibiting inmates from smoking outdoors within the perimeter of penitentiaries, including CCCs, is null, void, and contrary to the *Corrections and Conditional Release Act* (Act), Directive No. 259 — Exposure to Second-Hand Smoke, issued by the Commissioner of the Correctional Service of Canada and published on May 5, 2008, is invalid to the extent that a complete ban on smoking and possessing tobacco and smoking items is contrary to the Act and to this judgment. [Emphasis added.]

1. La demande est accueillie;
2. L'interdiction aux détenus de fumer à l'extérieur des bâtiments au sein du périmètre des pénitenciers, y compris les CCC, est nulle, contraire à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi) et sans effet. La Directive n° 259 — Exposition à la fumée secondaire, établie par le commissaire du Service correctionnel du Canada et publiée le 5 mai 2008, est invalide dans la mesure où une interdiction complète de fumer et de posséder du tabac et des articles de fumeur est contraire à la Loi et au présent jugement. [Je souligne.]

[2] More particularly, the Judge declared Directive No. 259 (the Directive) to be invalid insofar as it purports to prevent inmates from smoking outdoors within the perimeter of federal correctional facilities.

[3] The main issue raised by this appeal is whether it was within the Commissioner's power to enact the Directive so as to implement a total smoking ban at all federal correctional facilities. If the answer to that question is in the affirmative, the issue which arises is whether the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner. Finally, the respondents raise a number of Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] issues.

[4] I now turn to the facts which are relevant to the determination of this appeal.

THE FACTS

[5] Under the authority of sections 70 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 17(F)], 97 and 98 of the Act [*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20], the Commissioner issued the Directive on May 5, 2008. In brief, the Directive bans smoking and possession of smoking items, indoors and outdoors, within the perimeter of federal correctional facilities, but makes an exception for aboriginal religious and spiritual practices.

[6] The main provisions of the Directive are as follows:

POLICY OBJECTIVE

1. To enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities. To achieve this objective, smoking will not be permitted indoors or outdoors within the perimeter of federal correctional facilities, including Community Correctional Centres (CCCs).

...

[2] Plus particulièrement, le juge a déclaré la Directive n° 259 (la Directive) invalide en tant qu'elle visait à empêcher les détenus de fumer à l'extérieur des bâtiments dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux.

[3] La Cour doit principalement trancher si le commissaire avait le pouvoir d'établir une directive imposant une interdiction totale de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Si elle répond par l'affirmative à cette question, elle doit ensuite déterminer si la Directive entre dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire. Enfin, les intimés ont soulevé des questions relatives à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[4] Je commencerai par exposer les faits pertinents pour trancher le présent appel.

LES FAITS

[5] Le commissaire a pris la Directive le 5 mai 2008, en vertu des articles 70 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 17(F)], 97 et 98 de la Loi [*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20]. En résumé, la Directive interdit de fumer et d'avoir des articles de fumeur en sa possession dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur des bâtiments, mais elle prévoit une exception pour les pratiques religieuses et spirituelles autochtones.

[6] Voici les principales dispositions de cette directive :

OBJECTIF DE LA POLITIQUE

1. Améliorer la santé et le bien-être en éliminant l'exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Pour atteindre cet objectif, il sera interdit de fumer à l'intérieur ainsi qu'à l'extérieur des bâtiments au sein du périmètre des établissements correctionnels fédéraux, y compris les centres correctionnels communautaires (CCC).

[...]

DEFINITIONS

4. Unauthorized smoking items: smoking items including, but not limited to, cigarettes, cigars, tobacco, chewing tobacco, cigarette making machines, matches and lighters are unauthorized items within the meaning of section 2 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, except tobacco and ignition sources used for the accommodation of Aboriginal spirituality or other religious practices.
5. Perimeter of a correctional facility: the fence, wall or designated out-of-bounds area surrounding a facility.

PRINCIPLE

6. The Service is committed to maintaining a healthy environment for those living, working and visiting correctional facilities while accommodating religious and spiritual practices without discrimination.

SMOKING RESTRICTIONS

7. Offenders, staff members, contractors, volunteers and visitors are not permitted to smoke inside correctional facilities (including private family visiting units) or outdoors within the perimeter of a correctional facility.
8. Smoking is only permitted outside the perimeter of a correctional facility in an area designated by the Institutional Head or District Director.
9. Smoking is not permitted inside CSC vehicles.

POSSESSION RESTRICTIONS

10. Staff members, contractors, volunteers and visitors must not possess unauthorized smoking items within the perimeter of a correctional facility.

RESPONSIBILITIES

11. The **Regional Deputy Commissioner** in consultation with the **Director General, Aboriginal Initiatives** will approve all site specific implementation plans to ensure the appropriate accommodation of Aboriginal spiritual practices.

DÉFINITIONS

4. Articles de fumeur non autorisés : les articles de fumeur incluant, entre autres, les cigarettes, les cigares, le tabac, le tabac à mâcher, les rouleuses à cigarettes, les allumettes et les briquets sont des objets non autorisés au sens de l'article 2 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, exception faite du tabac et des sources d'allumage nécessaires aux pratiques spirituelles autochtones ou autres pratiques religieuses.
5. Périmètre d'un établissement correctionnel : la clôture, le mur ou le secteur désigné hors limites autour de l'établissement.

PRINCIPE

6. Le SCC s'engage à maintenir un environnement sain pour tous ceux qui vivent et travaillent dans les établissements correctionnels ainsi que pour tous ceux qui visitent ces lieux, tout en respectant sans aucune forme de discrimination les pratiques religieuses et spirituelles.

RESTRICTIONS SUR L'USAGE DU TABAC

7. Il est interdit aux délinquants, aux membres du personnel, aux entrepreneurs, aux bénévoles et aux visiteurs de fumer à l'intérieur ainsi qu'à l'extérieur des bâtiments (y compris les unités servant aux visites familiales privées) au sein du périmètre des établissements correctionnels.
8. Il est permis de fumer uniquement à l'extérieur du périmètre des établissements correctionnels dans un endroit désigné par le directeur de l'établissement ou du district.
9. Il est interdit de fumer dans les véhicules du SCC.

RESTRICTIONS SUR LA POSSESSION D'ARTICLES DE FUMEUR

10. Les membres du personnel, les entrepreneurs, les bénévoles et les visiteurs ne doivent avoir en leur possession aucun article de fumeur non autorisé au sein du périmètre des établissements correctionnels.

RESPONSABILITÉS

11. Le **sous-commissaire régional**, en consultation avec le **directeur général des Initiatives pour les Autochtones**, doit approuver tous les plans de mise en œuvre pour chaque unité opérationnelle afin d'assurer le respect des pratiques spirituelles autochtones.

12. **The Institutional Head or District Director (CCCs)** will:

...

- d. ensure implementation plans include accommodations for religious and spiritual practices in individual cells, rooms and in groups to the extent safely possible (accommodations will be made in consultation with religious leaders, Elders or Aboriginal advisory bodies as appropriate);

...

REPORTING

13. **Staff** members will report any incident of smoking in violation of this policy to management.

DISCIPLINE

Employees

14. Employees who are in violation of this policy are subject to the employee disciplinary process.

Offenders

15. Inmates who are in violation of this policy are subject to the inmate disciplinary process. [Emphasis added.]

16. Offenders who are in violation of this policy are subject to administrative sanctions as deemed appropriate by the District Director.

Other

17. CSC contractors, volunteers and visitors who are in violation of this policy will be requested to cease smoking or dispose of any unauthorized smoking items and if they persist will be directed to leave the institution or CCC.

[7] As appears from paragraph 15 of the Directive, inmates who are in breach of the Directive are subject to the disciplinary system which is set out at sections 40 to 44 of the Act. As the Judge found at paragraph 30 of his reasons:

12. **Le directeur de l'établissement ou le directeur de district (CCC)** doit :

[...]

- d. s'assurer que les plans de mise en œuvre comprennent des accommodements pour la tenue de cérémonies religieuses et spirituelles célébrées isolément dans une cellule ou une pièce, ou encore en groupe s'il n'y a pas de contraintes de sécurité (des accommodements seront accordés en consultation avec les chefs religieux, les Aînés ou les organismes consultatifs autochtones, lorsqu'il y a lieu);

[...]

SIGNALEMENT DES INFRACTIONS

13. Les **membres du personnel** doivent signaler à la direction toute infraction à la présente politique.

MESURES DISCIPLINAIRES

Membres du personnel

14. Les employés qui contreviennent à la présente politique seront soumis au processus disciplinaire applicable au personnel.

Délinquants

15. Les détenus qui contreviennent à la présente politique seront soumis au processus disciplinaire applicable aux détenus. [Je souligne.]

16. Les délinquants qui contreviennent à la présente politique sont passibles des sanctions administratives jugées appropriées par le directeur du district.

Autre

17. Les entrepreneurs, les bénévoles et les visiteurs du SCC qui contreviennent à la présente politique seront priés de cesser de fumer ou de se défaire de tout article de fumeur non autorisé. S'ils refusent d'obtempérer, ils seront enjoins de quitter l'établissement ou le CCC.

[7] Tel qu'il appert du paragraphe 15 de la Directive, les détenus qui contreviennent à celle-ci s'exposent à des mesures disciplinaires dans le cadre du système établi aux articles 40 à 44 de la Loi. Le juge a formulé la conclusion suivante au paragraphe 30 de ses motifs :

For offenders serving time in penitentiaries, the deliberate violation of a written regulation governing the conduct of inmates, which may include violating the indoor smoking ban, constitutes a disciplinary offence, rendering an inmate who is found guilty of such an offence liable to one or more of the following:

- (a) a warning or reprimand;
- (b) a loss of privileges;
- (c) an order to make restitution;
- (d) a fine;
- (e) performance of extra duties; and
- (f) in the case of a serious disciplinary offence, segregation from other inmates for a maximum of thirty days.

A fine or restitution may be collected in the prescribed manner (see sections 40 to 44 of the Act).

[8] An earlier version of the Directive (the first Directive), issued on January 31, 2006, had banned all indoor smoking, thus allowing inmates to continue smoking outdoors. It should be noted that approximately 75 percent of inmates in federal correctional facilities smoke and that the total ban on smoking is accompanied by the availability of anti-smoking aids such as nicotine patches and medication for inmates.

[9] The stated policy objective of the Directive is “To enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities” (paragraph 1). The Directive then states that in order to meet that objective, smoking indoors and outdoors will be prohibited within the perimeter of federal correctional facilities. Before us, counsel for the respondents indicated that his clients did not take issue with the Commissioner’s position that indoor smoking could be harmful to non-smoking persons. In that regard, the Judge made the following remarks at paragraphs 11 to 13 of his reasons:

Dans le cas d’un délinquant détenu dans un pénitencier, la transgression délibérée d’une règle écrite régissant la conduite des détenus, ce qui peut inclure la contravention à une interdiction de fumer à l’intérieur des bâtiments, constitue une infraction disciplinaire, rendant le détenu déclaré coupable d’une telle infraction passible d’une ou de plusieurs des peines suivantes :

- a) avertissement ou réprimande;
- b) perte de privilèges;
- c) ordre de restitution;
- d) amende;
- e) travaux supplémentaires;
- f) isolement pour un maximum de trente jours, dans le cas d’une infraction disciplinaire grave.

Le recouvrement de l’amende et la restitution s’effectuent selon les modalités réglementaires (voir les articles 40 à 44 de la Loi).

[8] Une version antérieure de la Directive (la première Directive), adoptée le 31 janvier 2006, interdisait de fumer à l’intérieur, de sorte que les détenus pouvaient continuer à fumer dehors. Il convient de signaler qu’environ 75 pour 100 des détenus incarcérés dans des établissements fédéraux fument et que l’interdiction totale de fumer est assortie, pour les détenus, d’un accès à des produits pour arrêter de fumer comme des timbres de nicotine et des médicaments.

[9] L’objectif déclaré de la Directive est d’« Améliorer la santé et le bien-être en éliminant l’exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux » (paragraphe 1). La Directive énonce ensuite que pour atteindre cet objectif, il sera interdit de fumer à l’intérieur ainsi qu’à l’extérieur des bâtiments dans le périmètre des établissements correctionnels fédéraux. L’avocat des intimés a indiqué à notre Cour que ses clients ne contestaient pas la position du commissaire selon laquelle fumer à l’intérieur des établissements pouvait être nocif pour les non-fumeurs. À cet égard, le juge a formulé les remarques suivantes aux paragraphes 11 à 13 de ses motifs :

In this case, no one is contesting the fact that second-hand smoke is harmful to the health of others.

In addition, improving the health and well-being of inmates and officers could certainly justify removing the right or privilege of smoking inside the facilities, including cells: *Boucher v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 893.

Nevertheless, according to the evidence in the record, smoking outdoors poses no risk to the health of others. [Emphasis in original.]

[10] The reasons why the Commissioner decided that a ban on indoor smoking only was not sufficient to achieve the stated purpose of enhancing health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke in all federal correctional facilities appear in a memorandum from the Assistant Commissioner, Correctional Operations and Programs, to the Commissioner, dated June 21, 2007, wherein the Assistant Commissioner recommends that a total ban on smoking be implemented by April 30, 2008.

[11] It will therefore be useful to highlight some of the relevant portions of the Assistant Commissioner's memorandum. First, at page 1, the Assistant Commissioner sets out the background to his recommendation:

Background

The current CSC Smoking Policy, Commissioner's Directive 259, Exposure to Second Hand Smoke, came into effect on January 31, 2006. It prohibits smoking inside federal correctional facilities including private family visiting units and CSC vehicles. Smoking is permitted outdoors in designated areas.

This policy was developed in response to the expanding body of scientific evidence demonstrating the potential harmful effects of second hand smoke and the increasing concern about continued exposure by employees, offenders and other individuals inside federal penitentiaries. Under previous CSC policies, institutions were provided with the flexibility to establish their own individual smoking rules which resulted in significant variations across the country. Although some had prohibited smoking indoors, many had not. In implementing

Dans cette cause, il n'est pas contesté que la fumée secondaire du tabac soit nocive pour la santé d'autrui.

Aussi, l'amélioration de la santé et le bien-être des détenus et des agents peut certainement justifier la suppression du droit ou du privilège de fumer à l'intérieur des bâtiments, y compris les cellules : *Boucher c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 893.

N'empêche, selon la preuve au dossier, le fait de fumer à l'extérieur ne cause à autrui aucun risque de santé. [Souligné dans l'original.]

[10] Les raisons ayant amené le commissaire à conclure que l'objectif déclaré d'améliorer la santé et le bien-être en éliminant l'exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux ne pouvait être atteint au moyen de la seule interdiction de fumer à l'intérieur figurent dans la note de service en date du 21 juin 2007 adressée au commissaire par le commissaire adjoint aux opérations et programmes correctionnels, dans laquelle ce dernier recommande qu'une interdiction totale de fumer ait été mise en place au 30 avril 2008.

[11] Il pourra donc être utile de souligner certains passages pertinents de cette note. À la page 1 du document, le commissaire adjoint présente le contexte dans lequel s'inscrit sa recommandation :

[TRADUCTION]

Contexte

La politique actuelle applicable à l'usage du tabac, la Directive du commissaire 259, Exposition à la fumée secondaire, est entrée en vigueur le 31 janvier 2006. Elle interdit de fumer à l'intérieur des établissements correctionnels fédéraux, y compris dans les unités servant aux visites familiales privées et dans les véhicules du SCC. Il est permis de fumer à l'extérieur dans des endroits déterminés.

Cette politique a été élaborée en réponse au corpus croissant de preuves scientifiques démontrant la nocivité potentielle de la fumée secondaire et aux craintes de plus en plus sérieuses au sujet de l'exposition continue des employés, délinquants et autres personnes à la fumée secondaire à l'intérieur des pénitenciers fédéraux. Les politiques antérieures permettaient aux établissements d'établir leurs propres règles concernant l'usage du tabac, en conséquence de quoi des différences marquées sont apparues entre les différents établissements

the current smoking policy, CSC sought to adopt a national approach that would more effectively and consistently protect individuals from exposure to second hand smoke.

At the time the current policy was being developed, staff and other groups expressed concern that an indoor smoking ban could not be properly enforced and that the only effective way to address second hand smoke in the penitentiary context would be to ban tobacco products altogether from CSC facilities. A move directly to a total ban was considered, but CSC opted to implement an indoor ban in an effort to accommodate the needs of both non-smokers and smokers. Also, CSC committed to monitor the implementation of the indoor ban and to evaluate its effectiveness after one year to determine whether a further change in policy was necessary. This evaluation has been completed and results indicate that there have been challenges and difficulties with the implementation and enforcement of the indoor ban in many institutions. As a result, a decision must now be made as to whether it would be appropriate to adopt a different policy framework. [Emphasis added.]

[12] At page 2, the Assistant Commissioner discusses the legislative and policy framework which led to the first Directive. He states, in part, as follows:

Legislative and Policy Framework

...

CSC's obligation to provide a healthful environment is echoed in the CCRA. In particular, section 70 states that CSC must take all reasonable steps to ensure that the penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff are safe, healthful and free of practices that undermine a person's sense of personal dignity. At the same time, CSC decision-making is guided by the principle in subsection 4(e) of the CCRA which states that offenders retain the same rights and privileges as all members of society except those that are necessarily removed or restricted as a consequence of sentence. The decision to implement a partial smoking ban was an attempt to balance these provisions and find an effective compromise that would achieve the health and safety objective while at the same time allowing offenders the opportunity to smoke. Lastly, both the CCRA and associated regulations contain provisions that underscore CSC's obligation to respect and accommodate Aboriginal spirituality and religious practices. [Emphasis added.]

du pays. Bien que certains aient interdit de fumer à l'intérieur, beaucoup d'autres ne l'ont pas fait. En mettant en œuvre la politique actuelle sur l'usage du tabac, le SCC cherchait à adopter une formule nationale offrant une protection plus efficace et plus uniforme contre l'exposition à la fumée secondaire.

Au moment où cette politique était élaborée, des groupes d'employés et d'autres groupes ont dit douter qu'une interdiction de fumer à l'intérieur puisse être appliquée efficacement et ont exprimé l'avis que la seule façon de supprimer la fumée secondaire dans les pénitenciers serait de bannir tous les produits du tabac des établissements du SCC. Le SCC a envisagé de passer directement à l'interdiction totale mais, afin de tenter de répondre à la fois aux besoins des non-fumeurs et des fumeurs, il a opté pour l'interdiction de fumer à l'intérieur. Le SCC s'est également engagé à surveiller la mise en œuvre de cette interdiction et à en évaluer l'efficacité après un an d'application, afin de déterminer s'il y avait lieu de modifier de nouveau la politique. Cette évaluation a été réalisée, et il en ressort que beaucoup d'établissements ont connu problèmes et difficultés dans la mise en œuvre et l'application de l'interdiction. Il faut donc maintenant décider s'il convient de revoir la politique. [Je souligne.]

[12] À la page 2, le commissaire adjoint présente le cadre législatif ainsi que les politiques ayant mené à l'adoption de la première directive. On peut notamment y lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

Cadre législatif et stratégique

[...]

La Loi prévoit elle aussi que le SCC est tenu de créer un milieu sain. En effet, selon l'article 70, le Service doit prendre toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine. Parallèlement, le processus décisionnel du SCC est guidé par le principe énoncé à l'alinéa 4e) de la Loi, selon lequel le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée. La décision d'imposer une interdiction partielle de fumer visait à établir un équilibre entre ces dispositions législatives et à trouver un compromis efficace permettant d'atteindre l'objectif en matière de santé et de sécurité, tout en ménageant aux délinquants qui le souhaitent la possibilité de fumer. Enfin, la Loi ainsi que ses règlements d'application renferment des dispositions faisant état de l'obligation du SCC de respecter les pratiques religieuses et spirituelles autochtones. [Je souligne.]

[13] Then the Assistant Commissioner turns to Correctional Service of Canada's (CSC) record of smoking-related disciplinary charges. In particular, he sets out, at page 4, the number of charges per week from January 31, 2006 to April 18, 2007:

| | |
|---------------------------------------|--------------|
| January 31, 2006 to December 27, 2006 | 159 per week |
| December 28, 2006 to February 7, 2007 | 152 per week |
| February 8, 2007 to February 21, 2007 | 70 per week |
| February 22, 2007 to March 8, 2007 | 58 per week |
| March 9, 2007 to March 22, 2007 | 30 per week |
| March 23, 2007 to April 4, 2007 | 35 per week |
| April 5, 2007 to April 18, 2007 | 89 per week |

[14] These figures lead the Assistant Commissioner to make the following remarks at page 5:

Enforcement of the indoor ban has proved challenging in part because tobacco remains an authorized item that inmates can purchase through institutional canteens and store in their cells. In an effort to address this concern, a number of institutions introduced measures aimed at restricting the ability of offenders to smoke in their cells and living units. In some instances, lock boxes were purchased for tobacco storage and installed in common areas and inmates were no longer permitted to have tobacco and related items in their cells. Several institutions used lock boxes for the general population while others limited their use to offenders in segregation or other sub-populations. Although some institutions noted reduced levels of second hand smoke in segregation or within other restricted areas, there is a clear consensus among almost all institutions that lock boxes are not a viable solution for the general population. They noted that intensive monitoring is required to ensure that inmates do not smuggle or steal cigarettes when they access their lock boxes and that effective monitoring is almost impossible when dealing with a large, open population. Inmates regularly smuggle cigarettes back into the institution despite being searched, use the boxes to distribute contraband, vandalize and destroy the boxes and, in some instances, disassemble them to manufacture weapons.

[13] Puis, le commissaire adjoint examine le registre des accusations disciplinaires liées à l'interdiction de fumer tenu par le Service correctionnel du Canada (SCC). Il présente notamment, à la page 4, le nombre hebdomadaire d'accusations portées entre le 31 janvier 2006 et le 18 avril 2007 :

[TRADUCTION]

| | |
|---------------------------------------|-----------------|
| Du 31 janvier au 27 décembre 2006 | 159 par semaine |
| Du 28 décembre 2006 au 7 février 2007 | 152 par semaine |
| Du 8 au 21 février 2007 | 70 par semaine |
| Du 22 février au 8 mars 2007 | 58 par semaine |
| Du 9 au 22 mars 2007 | 30 par semaine |
| Du 23 mars au 4 avril 2007 | 35 par semaine |
| Du 5 au 18 avril 2007 | 89 par semaine |

[14] Ces chiffres inspirent au commissaire adjoint les remarques suivantes, formulées à la page 5 :

[TRADUCTION] L'application de l'interdiction de fumer à l'intérieur s'est révélée problématique notamment parce que le tabac est resté un objet autorisé que les détenus peuvent acheter dans les cantines et conserver dans leur cellule. Pour tenter de résoudre ce problème, des établissements ont pris des mesures visant à restreindre la possibilité de fumer dans les cellules et dans les unités résidentielles des détenus. Dans certains cas, on a fait l'achat de casiers verrouillables pour entreposer le tabac. Ces casiers ont été installés dans les aires communes, et les détenus ne sont plus autorisés à conserver du tabac et des articles connexes dans leur cellule. Plusieurs établissements ont installé des casiers verrouillables pour la population générale, tandis que d'autres les ont réservés aux délinquants placés en isolement ou à d'autres sous-populations. Bien que certains établissements aient constaté une réduction de la fumée secondaire dans les unités d'isolement ou d'autres aires d'accès restreint, presque tous les établissements s'entendent pour dire que les casiers verrouillables ne représentent pas une solution viable pour la population générale. Ils ont constaté qu'il est nécessaire d'exercer une surveillance intensive pour s'assurer que les détenus ne dissimulent pas sur eux ni ne volent des cigarettes lorsqu'ils ont accès à leur casier. Les établissements se sont aussi rendu

As an alternative to restricting access to tobacco, the Prairie Region attempted to prevent offenders from smoking inside by removing matches and lighters from their possession and initiating lighting devices in outdoor smoking areas. This initiative was largely unsuccessful as offenders tampered with electric outlets, used homemade wicks and manufactured ignition systems to light cigarettes indoors. As a result of the safety risks associated with these practices, a decision was made in late 2006 to reintroduce matches and lighters to the offender population. The Prairie Region reports that over 1 200 damaged electrical outlets had to be repaired at a cost of approximately \$80,000. [Emphasis added.]

[15] The Assistant Commissioner then turns to the matter of complaints made by CSC employees under the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] (the CLC) that exposure to second hand smoking in their workplace constitutes a danger under Part II of the CLC. At page 6, the Assistant Commissioner explains this problem in the following terms:

Canada Labour Code Complaints

Prior to the implementation of the current indoor smoking ban, CSC was subject to a number of challenges by employees who claimed that exposure to second hand smoke at the workplace constituted a danger under Part II of the *Canada Labour Code*. The individual complaints were investigated by health and safety officers from Human Resources and Social Development Canada (HRSDC) and upheld in two instances. The successful cases both involved employees with medical conditions or certificates. One of the dismissed complaints was appealed unsuccessfully by the Union of Canadian Correctional Officers (UCCO) and has progressed to the Federal Court on judicial review. A hearing date has yet to be scheduled.

Despite the implementation of the indoor smoking ban, CSC employees have continued to seek redress under the *Canada*

compte qu'il est pratiquement impossible d'exercer une surveillance efficace lorsqu'ils ont affaire à une population importante et ouverte. Des détenus introduisent régulièrement en contrebande des cigarettes à l'intérieur des établissements malgré les fouilles, utilisent les casiers pour distribuer des objets interdits, vandalisent et détruisent les casiers et, dans certains cas, les démontent pour se fabriquer des armes.

Au lieu de restreindre l'accès au tabac, la région des Prairies a tenté d'empêcher les délinquants de fumer à l'intérieur en leur confisquant allumettes et briquets et en installant des appareils d'allumage dans les zones extérieures réservées aux fumeurs. Cette initiative n'a pas connu beaucoup de succès; les délinquants ont en effet trafiqué les prises de courant, utilisé des mèches artisanales et fabriqué des dispositifs pour allumer leurs cigarettes à l'intérieur. En raison des risques pour la sécurité associés à ces pratiques, vers la fin de l'année 2006, on a décidé de permettre de nouveau aux délinquants d'avoir en leur possession des allumettes et des briquets. La région des Prairies signale qu'il a fallu réparer plus de 1 200 prises de courant, au coût approximatif de 80 000 \$. [Je souligne.]

[15] Le commissaire adjoint aborde ensuite la question des plaintes formulées par des employés du SCC sous le régime du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), c. L-2] (CCT), alléguant que l'exposition à la fumée secondaire dans leurs lieux de travail constitue un danger au sens de la partie II du CCT. Il explique ainsi le problème à la page 6 :

[TRADUCTION]

Plaintes fondées sur le *Code canadien du travail*

Avant d'instaurer l'interdiction de fumer à l'intérieur actuellement appliquée, le SCC a été l'objet de nombreuses plaintes émanant d'employés, qui soutenaient que l'exposition à la fumée secondaire dans leurs lieux de travail constituait un danger au sens de la partie II du *Code canadien du travail*. Chaque plainte a été examinée par un agent de santé et de sécurité de Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC). Deux des plaintes ont été retenues; dans les deux cas l'employé avait des problèmes de santé ou un certificat médical. Le Syndicat des agents correctionnels du Canada (SACC) a interjeté appel du rejet d'une des plaintes, mais il a été débouté, et l'affaire est maintenant devant la Cour fédérale pour contrôle judiciaire. La date d'audience n'a pas encore été fixée.

En dépit de l'interdiction de fumer à l'intérieur, des employés du SCC ont continué d'intenter des recours fondés sur le *Code*

Labour Code for exposure to second hand smoke. Four work refusals have been invoked by correctional officers since January 2006, all of which resulted in a finding of danger by HRSDC officers. Two work refusals were made at Dorchester Penitentiary in June 2006 and another at Millhaven Institution in September 2006. They are currently under appeal. In the latter case, the Institution was ordered to develop an action plan to address the presence of second hand smoke. In December 2008, UCCO sent a request to the Minister of Labour seeking consent to commence prosecution proceedings against the Service for failure to comply with the HRSDC direction at Millhaven.

A fourth work refusal took place at Warkworth Institution in early March 2007. In concluding that the definition of danger has been met, the HRSDC officer noted that even in areas of the institution where the indoor smoking policy is consistently applied, offenders continue to smoke. CSC has developed an action plan in response to the HRSDC direction and has decided not to file an appeal.

In addition to formal work refusals, a number of employees have lodged internal complaints under section 127.1 of the CLC for issues relating to second hand smoke. For the most part, these have been resolved informally at the institutional level (often through the accommodation of the employee in another area of the workplace). Institutional managers report that considerable time has been spent addressing these complaints with the individual employees as well as with local occupational health and safety committees.

[16] The Assistant Commissioner then points out that CSC has engaged in an extensive consultation process with a view to determining whether it would be appropriate to edict a total ban. The Assistant Commissioner explains that inmates at each federal institution and CCC were consulted through inmate committees, wardens and district directors. Also consulted were CSC management, union groups, citizen advisory committees, health organizations and other stakeholders. In addition, the aboriginal elders working group was consulted. At pages 8 and 9, the Assistant Commissioner relates the comments received from the consulted parties:

Consultations

...

canadien du travail se rapportant à l'exposition à la fumée secondaire. Quatre agents de correction ont refusé de travailler depuis janvier 2006, et les agents de RHDCC ont conclu chaque fois qu'il y avait danger. Deux de ces refus ont été signifiés en juin 2006 au pénitencier de Dorchester, et un autre, datant de septembre 2006, concerne l'établissement de Millhaven. Ces trois décisions sont en appel; dans le troisième cas, l'agent de RHDCC a enjoint à l'établissement de préparer un plan d'action concernant la question de la fumée secondaire. Au mois de décembre 2008, le SACC a saisi le ministre du Travail d'une demande visant à être autorisé à poursuivre le SCC pour défaut de se conformer à la directive donnée par RHDCC à l'établissement de Millhaven.

Le quatrième refus de travailler s'est produit à l'établissement de Warkworth au début du mois de mars 2007. L'agent de RHDCC a conclu que la situation correspondait à la définition de danger, indiquant que même dans les zones où la politique d'interdiction de fumer à l'intérieur est dûment appliquée, les délinquants continuent à fumer. Le SCC a élaboré un plan d'action conformément à la directive de RHDCC et a décidé de ne pas interjeter appel.

Aux refus officiels de travailler s'ajoutent des plaintes internes concernant la fumée secondaire déposées en application de l'article 127.1 du CCT. Pour la plupart, ces plaintes se sont réglées au niveau de l'établissement (la mesure d'accommodement consistant souvent à affecter l'employé à un autre endroit). Les gestionnaires d'établissement signalent qu'ils ont consacré beaucoup de temps à traiter ces plaintes avec les employés concernés ainsi qu'avec les comités locaux de santé et sécurité au travail.

[16] Le commissaire adjoint souligne ensuite que le SCC a procédé à de vastes consultations afin de déterminer s'il était indiqué d'imposer une interdiction totale. Il explique que les détenus de chaque établissement et CCC fédéral ont été consultés par l'intermédiaire des comités de détenus, des directeurs et des directeurs de district. L'administration du SCC, les groupes syndicaux, les comités consultatifs de citoyens, les organismes de santé et d'autres parties intéressées ont aussi participé à la consultation. De plus, le groupe de travail des aînés autochtones a également été consulté. Le commissaire adjoint présente aux pages 8 et 9 les commentaires qui ont été reçus :

[TRADUCTION]

Consultations

[...]

The majority of inmate committees responded that they were not in support of a total smoking ban despite being aware of the dangers associated with smoking and exposure to second hand smoke. The most common response was that smoking is not illegal and that inmates should be permitted to smoke in their cells in the same way that other members of society are permitted to smoke in their homes. If inmates are not allowed to smoke in their cells, then they should at least be able to smoke outdoors. They also advocate for additional outdoor smoking breaks and increased disciplinary consequences for those caught smoking. A number of inmate committees noted that air quality had improved since the implementation of the current policy.

Most inmate committees agreed that cessation aid programs are beneficial, but felt that the period of free cessation aids should have been longer as it is cost prohibitive for inmates to purchase them from their own funds. Respondents were of the view that a total ban on smoking would lead to an underground market for tobacco sales resulting in muscling, violence and debts. It would also lead to increased tensions between staff and inmates and disruptive behaviour by inmates. A few noted that a complete smoking ban would cause hardship on those serving long periods of incarceration. There was a consensus, however, that any ban on smoking should include appropriate accommodations for Aboriginal spirituality.

...

The following internal and external health stakeholders were also consulted: CSC's Chief of Health Services, CSC Health Care Advisory Committee, Canadian Cancer Society, Canadian Medical Association and provincial medical officers of health. Participants noted that both indoor and outdoor smoking bans exert external motivation on inmates to quit smoking. As treatment of an addiction is much more successful if a person is motivated internally, CSC should consider additional methods to increase inmates' internal motivation to quit smoking. The most common recommendation from CSC participants was the creation of a permanent position for a health promotion nurse and additional education. Both CSC and external respondents added that an indoor smoking ban is too difficult to enforce and that problems will persist if inmates continue to have access to tobacco in their cells. The majority of participants recommended that free cessation aids be provided to inmates prior to the implementation of a total smoking ban and that a phased approach of cessation aids be introduced thereafter (starting with free programs, then partially subsidized and

La majorité des comités de détenus ont répondu qu'ils n'étaient pas en faveur d'une interdiction totale de fumer même s'ils connaissaient les dangers découlant de l'usage du tabac et de l'exposition à la fumée secondaire. La réponse la plus courante était que fumer n'est pas illégal et qu'il devrait être permis aux détenus de fumer dans leur cellule tout comme les autres membres de la société peuvent fumer chez eux. Si les détenus ne sont pas autorisés à fumer dans leur cellule, à tout le moins devraient-ils pouvoir fumer dehors. Ils ont aussi préconisé d'augmenter le nombre de pauses permettant aux détenus de fumer dehors et d'alourdir les conséquences disciplinaires applicables à ceux qui violent l'interdiction. Des comités de détenus ont signalé que la qualité de l'air s'était améliorée depuis la mise en place de la politique actuelle.

La plupart des comités de détenus ont convenu que les programmes d'aide à l'abandon du tabac sont utiles, mais estimaient qu'il faudrait allonger la période de gratuité étant donné que les détenus n'avaient pas les moyens d'acquitter le coût élevé de ces programmes sur leurs propres fonds. Les répondants estimaient qu'une interdiction totale de fumer entraînerait la création d'un marché noir du tabac avec son cortège de dettes, de violence et d'usage de la force. Elle accroîtrait également les tensions entre le personnel et les détenus et les comportements nuisibles de détenus. Certains ont indiqué qu'une interdiction complète de fumer serait pénible pour ceux qui purgeaient de longues peines d'emprisonnement. Tous s'entendaient cependant pour dire que toute interdiction de fumer devait s'accompagner de mesures d'accommodements appropriées pour les pratiques spirituelles autochtones.

[...]

Ont également été consultées les parties intéressées suivantes du SCC et d'ailleurs : le chef des services de santé du SCC, le Comité consultatif des soins de santé du SCC, la Société canadienne du cancer, l'Association médicale canadienne ainsi que des médecins hygiénistes provinciaux. Les participants ont indiqué que l'interdiction de fumer à l'intérieur et l'interdiction de fumer à l'extérieur constituent toutes deux une motivation externe d'abandon du tabac pour les détenus, mais que le traitement d'une dépendance réussissant beaucoup mieux s'il y a une motivation interne du sujet, le SCC devrait envisager d'autres méthodes pour accroître la motivation interne des détenus à cesser de fumer. La recommandation la plus souvent formulée par des participants du SCC a été la création d'un poste permanent d'infirmier chargé de la promotion de la santé et l'application de programmes supplémentaires d'éducation en matière de santé. Tant les répondants du SCC que les répondants externes ont ajouté qu'une interdiction de fumer à l'intérieur est trop difficile à appliquer et que des problèmes subsisteront si les détenus continuent d'avoir accès à des

finally through inmate purchase). They also agreed that additional support should be provided to inmates in the form of counselling, education and other support services if possible.

Correctional stakeholders were also canvassed for their views. Seven of the nine Citizen's Advisory Committees (CACs) were not in favour of a total smoking ban on the correctional reserve. CACs feel that smoking is a very hard habit to break and that one year of the indoor ban is a relatively short timeframe in which to make a decision on a total smoking ban. The John Howard Society is not yet prepared to support a total ban while the Canadian Criminal Justice Association (CJA) representative is in favour. The John Howard Society indicated that they do not think that the inconvenience of enforcing the indoor ban justifies imposing a ban outside and that making a change after only one year is too short a timeframe. The CCJA representative responded that inmates coming into the federal system have already spend significant time without tobacco in provincial facilities and this should continue in the federal system.

A separate consultation process with the National Elders Working Group was undertaken by CSC's Aboriginal Initiatives Branch. They recommend that the protocols for traditional and spiritual practices that were put in place at the time the indoor ban was implemented should continue. They also noted that traditional tobacco is one of four sacred medicines and cannot be substituted. As a result, appropriate accommodations will have to be made to allow for possession and use of traditional tobacco if tobacco is deemed an unauthorized item within federal correctional facilities. Appropriate controls will also have to be put in place to ensure that individuals using tobacco for traditional purposes are not subject to intimidation. CSC will continue to work with Elders to ensure that these and other important issues are addressed.

[17] The Assistant Commissioner then examines the situation prevailing in provincial, territorial and international correctional organizations, particularly in the United States. He notes that the majority of provinces and territories have implemented a total smoking ban inside and outside of their detention and correctional facilities,

produits du tabac dans leur cellule. La majorité des participants ont recommandé que de l'aide à l'abandon du tabac soit fournie gratuitement aux détenus avant la mise en œuvre de l'interdiction totale de fumer et qu'un programme progressif d'aide à l'abandon du tabac soit appliqué par la suite (commençant par de l'aide gratuite, puis partiellement subventionnée et enfin laissée aux frais du détenu). Ils ont convenu aussi qu'il faudrait fournir un appui additionnel aux détenus sous forme de counselling, d'éducation et d'autres services si possible.

Les parties intéressées appartenant au milieu correctionnel ont également été consultées. Sept des neuf comités consultatifs de citoyens (CCC) se sont dits non favorables à une interdiction totale de fumer. Les CCC sont d'avis qu'il est très difficile d'arrêter de fumer et qu'il est trop tôt, après seulement un an d'interdiction de fumer à l'intérieur, pour prendre une décision relativement à l'interdiction totale. La Société John Howard n'est pas encore prête à approuver une interdiction totale, tandis que l'Association canadienne de justice pénale (ACJP) est en faveur. La Société John Howard a indiqué qu'à son avis les difficultés d'application de l'interdiction de fumer à l'intérieur ne justifiaient pas d'étendre l'interdiction à l'extérieur et qu'il était prématuré de changer la politique après seulement un an. Le représentant de l'ACJP a répondu que les détenus qui arrivent dans le système correctionnel fédéral ont déjà passé beaucoup de temps sans tabac dans des établissements provinciaux et que cela devrait continuer dans les établissements fédéraux.

La Direction des initiatives pour les Autochtones a entrepris un processus de consultation distinct auprès du Groupe de travail national des aînés. Les aînés recommandent de continuer à appliquer les protocoles mis en place lors de l'imposition de l'interdiction de fumer à l'intérieur. Ils soulignent aussi que le tabac traditionnel est l'un est quatre remèdes sacrés et que rien ne peut le remplacer. Si le tabac devient un objet non autorisé dans les établissements correctionnels fédéraux, il faudra donc prendre des mesures d'accommodement pour permettre la possession et l'usage de tabac traditionnel. Il faudra également mettre en place des mesures de contrôle appropriées pour que ceux qui font usage de tabac à des fins traditionnelles ne soient pas victimes d'intimidation. Le SCC continuera de travailler avec les aînés pour veiller à ce que ces importantes questions, notamment, soient examinées.

[17] Le commissaire adjoint examine ensuite la situation existant dans les services correctionnels des provinces et territoires et d'autres pays, notamment les États-Unis. Il indique qu'une interdiction totale de fumer est en vigueur dans les centres de détention et établissements correctionnels de la majorité des provinces et territoires,

noting that Quebec is the only province that still permits smoking indoors, but that it expected to introduce a total smoking ban in 2007–2008 (not yet in force—the parties indicated to us that Quebec still allows inmates to smoke outdoors). Then, at page 10, the Assistant Commissioner says:

The jurisdictions with total smoking bans indicate that despite some initial challenges, the implementation of their bans have been largely successful. Among the challenges reported include the fact that tobacco has become the most popular form of contraband, that inmates have tampered with electrical outlets in order to light homemade cigarettes and have combined nicotine patches with other dried substances for smoking. In response to the last difficulty, the province of Alberta recently discontinued the safe nicotine patches and gum to offenders. Most jurisdictions canvassed indicate that inmates who are caught in violation of the smoking ban are subject to a progressive discipline system and that accommodations are made for Aboriginal spiritual ceremonies.

[18] The Assistant Commissioner then points out that 80 percent of state correctional departments in the U.S. have instituted a complete or partial smoking ban within their facilities and that the Federal Bureau of Prisons implemented a partial smoking ban in 2004 and a total smoking ban in April 2005. He also notes that accommodations were made in the U.S. for Native American spirituality and for the use of tobacco in religious ceremonies.

[19] Lastly, the Assistant Commissioner sets out the advantages and disadvantages of maintaining the *status quo* or of implementing a total smoking ban at all federal correctional facilities. At page 13, the Assistant Commissioner sets out the pros and cons of the *status quo* in the following terms:

1. Status Quo

CSC would continue with its current policy which prohibits smoking indoors. Inmates should be permitted to purchase tobacco through institutional canteens, store tobacco and related products in their cells and smoke outdoors in designated areas.

le Québec étant la seule province qui permettait encore l'usage du tabac à l'intérieur mais qu'elle prévoyait appliquer une interdiction totale en 2007–2008 (l'interdiction n'est pas encore en vigueur — les parties nous ont informés que le Québec autorise encore les détenus à fumer dehors). Puis, à la page 10, il mentionne :

[TRADUCTION] Les administrations ayant décrété une interdiction complète de fumer signalent que, malgré certains problèmes au départ, la mise en œuvre s'est bien passée. Au nombre des problèmes, mentionnons le fait que le tabac est devenu l'objet interdit le plus populaire, que des détenus ont trafiqué des prises de courant afin d'allumer des cigarettes artisanales et qu'ils ont mélangé des timbres de nicotine avec des substances sèches pour se fabriquer des produits à fumer. En réponse à ce dernier problème, le gouvernement de l'Alberta vient tout juste de cesser de vendre aux délinquants des timbres et de la gomme à mâcher à la nicotine. La plupart des administrations indiquent que les détenus ayant contrevenu à l'interdiction de fumer sont assujettis à un régime disciplinaire progressif et que des pratiques d'accommodement sont mises en place pour les cérémonies spirituelles autochtones.

[18] Il souligne ensuite qu'aux États-Unis, 80 pour 100 des services correctionnels des États ont mis en œuvre une interdiction totale ou partielle de fumer dans leurs établissements et que le Federal Bureau of Prisons a appliqué une interdiction partielle en 2004, suivie d'une interdiction totale en avril 2005. Il ajoute que des exceptions ont été prévues à l'égard de pratiques spirituelles autochtones ou de cérémonies religieuses.

[19] Enfin, il présente les avantages et inconvénients respectifs du statu quo et de l'interdiction totale de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Il décrit ainsi les avantages et les inconvénients du statu quo, à la page 13 :

[TRADUCTION]

1. Statu Quo

Le SCC continuerait à appliquer la politique actuelle interdisant de fumer à l'intérieur. Les détenus pourraient continuer à acheter du tabac dans les cantines des établissements, à entreposer du tabac et des produits connexes dans leur cellule et à fumer à l'extérieur dans les endroits désignés à cette fin.

Staff members would continue to be responsible for enforcing the indoor ban and applying disciplinary measures for contravention of the policy.

Advantages

- This is the preferred option of most offenders.
- Reduces levels of second hand smoke indoors when compared with previous smoking policies.
- Accommodation for Aboriginal spiritual practices effectively in place.
- No additional resources required.

Disadvantages

- Exposure to second hand smoke within institutions would not be eliminated.
- Likely to result in further complaints and work refusals by staff members under Part II of the *Canada Labour Code*.
- Does not address the enforcement and monitoring concerns raised by regional managers, many staff and union groups.
- Not in keeping with the long-term trend in provincial/territorial correctional facilities and the evolving societal consensus on the dangers of second hand smoke.

[20] At page 16, he goes through the same exercise with regard to a total smoking ban:

4. Total Smoking Ban at all Federal Correctional Facilities

A total ban on smoking would apply to all federal correctional facilities and tobacco products would no longer be permitted inside institutions (appropriate accommodations would be made for traditional tobacco used in Aboriginal ceremonies).

If CSC chooses this option, a new policy would likely come into force in April 2008. National, regional and local working groups would be formed in advance to develop the policy framework in further detail and provide recommendations

Les employés continueraient d'avoir la responsabilité de faire respecter l'interdiction de fumer à l'intérieur et d'imposer des mesures disciplinaires aux contrevenants.

Avantages

- C'est l'option que privilégient la plupart des détenus.
- En comparaison des politiques antérieures relatives à l'usage du tabac, cette solution réduit le niveau de fumée secondaire à l'intérieur.
- Les mesures d'accommodement pour les pratiques spirituelles autochtones sont déjà en place.
- Aucune ressource additionnelle requise.

Inconvénients

- N'élimine pas l'exposition à la fumée secondaire dans les établissements.
- Il continuera probablement d'y avoir des plaintes et des refus de travailler fondés sur la partie II du *Code canadien du travail* de la part d'employés.
- Ne répond pas aux préoccupations formulées par les gestionnaires régionaux et par de nombreux employés et syndicats au sujet de l'application et de la surveillance.
- Ne coïncide pas avec la tendance à long terme observée dans les établissements correctionnels provinciaux ou territoriaux ni avec le consensus sociétal en train de s'établir au sujet des dangers de la fumée secondaire.

[20] À la page 16, il fait le même exercice à l'égard de l'interdiction totale de fumer :

[TRADUCTION]

4. Interdiction totale de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux

Il serait totalement interdit de fumer dans tous les établissements correctionnels fédéraux, et les produits du tabac ne seraient plus permis à l'intérieur de l'établissement (des mesures d'accommodement appropriées s'appliqueraient au tabac traditionnel servant dans les cérémonies autochtones).

Si le SCC retient cette option, une nouvelle politique entrerait probablement en vigueur en avril 2008. Des groupes de travail nationaux, régionaux et locaux seraient préalablement formés pour préciser le cadre de la politique et formuler des

as to how best to effect implementation. In addition, local implementation teams would be responsible for developing appropriate parameters with respect to staff smoking off-site.

A number of elements will need to be built into the implementation of the policy including a comprehensive cessation aid and education package. CSC will also engage in further consultations to ensure that appropriate mechanisms are put in place to accommodate Aboriginal and religious ceremonies. Strategies should be developed to address and minimize any security risks [in] association with the implementation of a total smoking ban. A comprehensive communications plan should also be developed. Furthermore, outstanding tobacco procurement issues will need to be addressed and a number of CSC policies will need to be modified.

Advantages:

- Eliminates exposure to second hand smoke within all CSC facilities.
- Generally the preferred option of many staff, institutions and union groups.
- Minimizes the risk of legal challenges by staff as a result of exposure to second hand smoke.
- Is in keeping with the long term trend in provincial/territorial correctional facilities and the evolving societal consensus on the dangers of second hand smoke.

Disadvantages:

- Resources would be required to implement this option. Depending on the length of time and the number of offenders who accept smoking cessation aids, cost estimates are approximately \$1.6M.
- Aboriginal Elders, NGOs, most offenders and some staff oppose this option.
- A strategy would have to be developed to allow for Aboriginal ceremonial practices. This may require additional resources.
- Tobacco products would become a major item on the “black market” and potentially increase safety and security issues.
- Nicotine withdrawal of 72% of the offender population could increase irritability/tension and lead to an

recommandations sur la meilleure façon de la mettre en œuvre. Des équipes locales de mise en œuvre seraient en outre chargées d’élaborer les paramètres appropriés relatifs à l’usage du tabac hors site par les employés.

La mise en œuvre de la politique devra notamment prévoir un vaste programme d’éducation et d’aide à l’abandon du tabac. Le SCC poursuivra en outre la consultation afin de s’assurer que des mécanismes appropriés soient mis en place pour permettre le déroulement de cérémonies autochtones et religieuses. Il conviendra d’élaborer des stratégies visant à réduire le plus possible les risques en matière de sécurité posés par la mise en œuvre d’une interdiction totale de fumer. Un plan de communication complet devrait également être préparé. En outre, des questions liées aux approvisionnements en tabac en cours devront être résolues, et il faudra modifier diverses politiques du SCC.

Avantages :

- Élimine l’exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements du SCC.
- C’est généralement l’option que privilégie beaucoup d’employés, d’établissements et de syndicats.
- Réduit le risque de poursuites judiciaires d’employés résultant de l’exposition à la fumée secondaire.
- Coïncide avec la tendance à long terme observée dans les établissements correctionnels provinciaux ou territoriaux et avec le consensus sociétal en train de s’établir au sujet des dangers de la fumée secondaire.

Inconvénients :

- La mise en œuvre de cette option demandera des ressources. Selon la durée de l’aide à l’abandon du tabac et le nombre de délinquants qui s’en prévaudront, les coûts estimatifs sont de l’ordre de 1,6 million de dollars.
- Les aînés autochtones, les ONG, la plupart des délinquants et quelques employés s’opposent à cette option.
- Il faudrait élaborer une stratégie pour permettre les pratiques rituelles autochtones. Des ressources supplémentaires pourraient être nécessaires.
- Il y aurait un marché noir non négligeable de produits du tabac qui pourrait poser de nouveaux risques pour la sécurité.
- Il y aurait syndrome de sevrage à la nicotine pour 72 p. 100 de la population carcérale ce qui pourrait élever

increase of assaultive behaviour among inmates and towards staff.

- Canteen – 85% inmate-owned – will require planning in regard to inventories, payment of outstanding loans and minimizing the impact of the loss of significant revenue.
- Approximately 15 Commissioner’s Directives will need to be modified prior to modification.

[21] At page 17, the Assistant Commissioner recommends that CSC implement a total smoking ban at all of its correctional facilities by April 30, 2008. In his view, such a ban constitutes “the most equitable and appropriate manner in which to achieve the objective of creating a healthy and smoke-free environment for offenders, staff, volunteers, contractors and visitors”.

[22] On June 21, 2000, the Commissioner endorsed the Assistant Commissioner’s recommendation.

[23] I have set out in some detail the Assistant Commissioner’s memorandum to the Commissioner in order to provide a complete background to the enactment of the Directive. In light of that background, I can now turn to the judgment which the appellants seek to set aside and to the issues raised by the appeal.

DECISION OF THE FEDERAL COURT

[24] First, the Judge held that the Commissioner had gone too far in enacting a total ban on smoking because the Directive did not, in his view, respect the fundamental principles found at section 4 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 2(F)] of the Act which provides, *inter alia*, at paragraphs 4(d) and 4(e) thereof, that CSC is to “use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders” and that inmates “retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of their sentence.”

le niveau d’irritabilité et de tension et mener à une augmentation des comportements agressifs entre détenus et envers le personnel.

- Cela nécessitera de la planification de la part des cantines — propriété des détenus à 85 p. 100 — relativement aux stocks, au remboursement des prêts et à la réduction des incidences de la perte de revenus substantiels.
- Il faudra modifier une quinzaine de directives du commissaire avant la modification de la politique.

[21] À la page 17 du mémoire, le commissaire adjoint recommande que le 30 avril 2008, l’interdiction totale de fumer ait été mise en vigueur dans tous les établissements correctionnels. Une telle interdiction constitue selon lui : [TRADUCTION] « la façon la plus efficace et la plus équitable de réaliser l’objectif visant à créer un milieu sain et sans fumée pour les délinquants, le personnel, les bénévoles, les entrepreneurs et les visiteurs ».

[22] Le 21 juin 2000, le commissaire a accueilli la recommandation du commissaire adjoint.

[23] Cette présentation assez détaillée du mémoire du commissaire adjoint vise à décrire de façon exhaustive le contexte dans lequel s’inscrit la Directive. J’examinerai à présent le jugement que les appelants cherchent à faire annuler et les questions soulevées par leur appel, à la lumière de ce contexte.

DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[24] Premièrement, le juge a conclu que la Directive interdisant totalement de fumer allait trop loin parce que, selon lui, elle ne respectait pas les principes fondamentaux énoncés à l’article 4 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 2(F)] de la Loi, posant notamment, aux alinéas d) et e), que « les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible » et que le détenu « continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée ».

[25] In support of that view, the Judge made a number of findings, namely:

- second-hand smoke is harmful to the health of non-smokers;
- smoking outdoors does not pose any risk to non-smokers;
- there is no rational connection between the outdoor smoking prohibition and non-smokers’ rights not to be exposed to second-hand smoke;
- Parliament has not enacted legislation either banning smoking or the possession of tobacco outdoors;
- smoking outside within the perimeter of a correctional facility does not pose or raise any safety issues;
- the Act does not prohibit the possession of tobacco or of smoking items;
- nicotine is excluded from the definition of “intoxicant” found in subsection 2(1) of the Act and, thus, tobacco products do not fall within the definition of “contraband”, the possession of which is prohibited under the Act.

[26] The Judge also remarked that CSC employees were allowed to smoke outdoors in areas of a correctional facility to which inmates did not have access. He also noted that in the past, both inmates and correctional officers could smoke in outdoor areas. This led him to the view, which he expressed at paragraph 23 of his reasons, that “past difficulties or anticipated future problems in enforcing the indoor smoking ban by correctional authorities” did not justify the Commissioner’s decision to prohibit smoking outdoors. He further held, at paragraphs 33 and 34 of his reasons:

Measures necessary to protect non-smokers from exposure to second-hand smoke in penitentiaries should be the least restrictive possible.

In this case, considering the stated purpose of the correctional system and its guiding principles set out in sections

[25] Cette position reposait sur les conclusions de fait suivantes :

- la fumée secondaire est nocive pour la santé des non-fumeurs;
- fumer à l’extérieur ne présente aucun risque pour la santé des non-fumeurs;
- il n’y a aucun lien rationnel entre l’interdiction de fumer à l’extérieur et le droit des non-fumeurs de ne pas être exposés à la fumée secondaire;
- le législateur n’a édicté aucune loi interdisant de fumer ou d’être en possession de tabac à l’extérieur;
- fumer à l’extérieur, dans le périmètre d’un établissement correctionnel, ne soulève aucune question relative à la sécurité;
- la Loi n’interdit pas la possession de tabac et d’articles de fumeur;
- la nicotine est exclue de la définition de « substance intoxicante » énoncée au paragraphe 2(1) de la Loi, de sorte que les produits du tabac ne sont pas visés par la définition d’« objets interdits ».

[26] Le juge a en outre signalé que les employés du SCC étaient autorisés à fumer à l’extérieur dans des endroits où les détenus n’avaient pas accès, et il a fait remarquer qu’auparavant les détenus et les agents de correction pouvaient fumer dans certains secteurs à l’extérieur. Cette constatation lui a fait conclure, au paragraphe 23 de ses motifs, que « les difficultés passées ou entrevues par les autorités carcérales de faire respecter une interdiction de fumer à l’intérieur des bâtiments » ne justifiaient pas la décision du commissaire d’interdire de fumer à l’extérieur. Il a ajouté aux paragraphes 33 et 34 :

Les mesures nécessaires à la protection des non-fumeurs exposés à la fumée secondaire dans les pénitenciers doivent être le moins restrictives possible.

En l’espèce, considérant le but avoué du système correctionnel et les principes de fonctionnement que l’on retrouve

3 and 4 of the Act, the evidence in the record does not allow the Court to conclude that the outdoor smoking ban is a preventive measure that can be justified in an objective and rational way by the Commissioner and correctional authorities, who have full authority under the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, to enforce the indoor smoking ban in federal buildings under their authority.

[27] In dismissing the appellants' argument that the purpose of the outdoor ban on smoking was to, in effect, eliminate second-hand smoke inside correctional facilities, the Judge pointed to the fact that the Directive created an exemption for religious and spiritual practices in individual cells and in rooms within correctional facilities, that a great demand for a product that was legally sold, i.e. tobacco and cigarettes, resulted from the fact that 75 percent of inmates were smokers and that the removal of the right or privilege of smoking was not "a necessary consequence of the sentences served by inmates in penitentiaries" (paragraph 27 of the Judge's reasons). The Judge then indicated that the smoking ban implemented by the Directive would likely result in additional administrative measures to "stamp out the contraband of cigarettes and tobacco products that continue to be sold legally outside of penitentiaries and which are easily available to any ordinary citizen" (paragraph 28 of the Judge's reasons).

[28] As a result, the Judge concluded that the respondents were entitled to a declaratory judgment that the Directive, to the extent that it prohibited inmates from smoking outdoors within the perimeters of a correctional facility, was null, void and contrary to the Act.

[29] Finally, by reason of the above conclusion, the Judge was of the view that he was not required to make a determination with respect to the respondents' argument that their rights under sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) had been breached.

aux articles 3 et 4 de la Loi, la preuve au dossier ne permet pas à la Cour de conclure que l'interdiction de fumer à l'extérieur des bâtiments soit une mesure préventive pouvant être justifiée de façon objective et rationnelle par le commissaire et les autorités carcérales qui ont plein pouvoir en vertu de la Loi et du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, de faire respecter l'interdiction de fumer à l'intérieur des bâtiments fédéraux sous leur contrôle.

[27] En rejetant l'argument des appelants selon lequel l'interdiction de fumer à l'extérieur visait de fait à éliminer la fumée secondaire à l'intérieur des établissements correctionnels, le juge a relevé que la Directive créait une exception pour les pratiques religieuses et spirituelles dans les cellules et dans des salles des établissements, que le fait que 75 pour 100 des détenus sont fumeurs crée une demande interne considérable pour un produit (tabac et cigarettes) qui est en vente légale et que la suppression du droit ou du privilège de fumer n'était pas une « conséquence nécessaire de la peine infligée aux délinquants qui sont emprisonnés dans un pénitencier » (paragraphe 27 des motifs). Le juge a ensuite indiqué que l'interdiction de fumer obligerait probablement les autorités carcérales à prendre des mesures administratives supplémentaires « pour enrayer la contrebande de cigarettes ou de produits du tabac qui sont toujours légalement vendus à l'extérieur des pénitenciers et aisément accessibles à l'ensemble des citoyens ordinaires » (paragraphe 28 des motifs).

[28] Le juge a donc conclu que les intimés avaient droit à un jugement déclaratoire portant que, dans la mesure où elle interdit aux détenus de fumer à l'extérieur dans le périmètre d'un établissement correctionnel, la Directive est nulle et contraire à la Loi.

[29] Compte tenu de cette conclusion, le juge a estimé, en dernier lieu, qu'il n'avait pas à se prononcer sur l'argument des intimés relatif à la violation de leurs droits garantis par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

THE SUBMISSIONS OF THE PARTIES

(a) The appellants' submissions

[30] The appellants first submit that the Judge erred in finding that the Commissioner did not have the legislative authority to adopt the Directive. In their view, there could be no doubt that the Commissioner was authorized under the Act to adopt the Directive, adding that this question had already been determined by the Federal Court in *Boucher v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 893, 325 F.T.R. 122. Specifically, the appellants rely on sections 3, 70, 97 and 98 of the Act which, they say, confer legislative authority for the adoption of the Directive.

[31] The appellants then say that the Judge erred in substituting his judgment for that of the Commissioner in regard to the prevailing circumstances in federal correctional facilities. In other words, it was not open to the Judge to substitute his view as to the advisability of a total smoking ban in correctional facilities for that of the Commissioner, whose responsibility it is to determine what measures are necessary to enhance health and wellness in federal correctional facilities. The appellants say that to the extent that the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner and that the measures taken by him find support in the Act and the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (the Regulations), the Judge should not have intervened.

[32] The appellants further submit that there can be no doubt that the Commissioner was clearly authorized to enact the Directive and that its provisions do not offend the guiding principles found at section 4 of the Act.

[33] More particularly, the appellants say that the Directive was enacted to address the problem of second-hand smoke in federal correctional facilities and that the respondents do not contest the fact that second-hand smoke may cause harm to non-smokers. Thus, in attempting to prevent the harm caused by second-hand smoke, the Directive clearly finds support in sections 3 and 70 of the Act. The appellants also say that the Directive is

LA POSITION DES PARTIES

a) Arguments des appelants

[30] Le premier argument des appelants est que le juge a conclu erronément que le commissaire n'était pas légalement autorisé à établir la Directive. Selon eux, il ne fait aucun doute que la Loi habilitait le commissaire à prendre cette directive, et ils ajoutent que la Cour fédérale s'était déjà prononcée sur cette question dans la décision *Boucher c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 893. À l'appui de cet argument, les appelants invoquent plus particulièrement les articles 3, 70, 97 et 98 de la Loi, affirmant que ces dispositions confèrent au commissaire le pouvoir d'adopter la Directive.

[31] Leur deuxième argument est que le juge a commis une erreur en substituant son appréciation de la situation existant dans les établissements correctionnels fédéraux à celle du commissaire. Autrement dit, le juge ne pouvait pas substituer son opinion sur la question de l'opportunité de décréter une interdiction totale de fumer dans ces établissements à celle du commissaire, à qui il appartient d'établir quelles sont les mesures nécessaires pour y améliorer la santé et le bien-être. Les appelants affirment que puisque la Directive relève des pouvoirs conférés au commissaire et que les mesures prises par ce dernier sont fondées sur la Loi et sur le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (le Règlement), le juge n'aurait pas dû intervenir.

[32] Les appelants soutiennent aussi que le commissaire était incontestablement habilité à établir la Directive et que les dispositions de celle-ci ne contreviennent pas aux principes directeurs énoncés à l'article 4 de la Loi.

[33] Plus particulièrement, posant que la Directive visait à résoudre le problème de la fumée secondaire dans les établissements correctionnels fédéraux et signalant que les intimés ne contestent pas le caractère nocif de la fumée secondaire pour les non-fumeurs, ils font valoir que la Directive, qui tente de prévenir les dommages causés par la fumée secondaire, est clairement fondée en vertu des articles 3 et 70 de la Loi. Ils

in accord with subsection 3(1) of the *Non-smokers' Health Act*, R.C.S., 1985 (4th Supp.), c. 15, which provides that:

Duty of employers

3. (1) Every employer, and any person acting on behalf of an employer, shall ensure that persons refrain from smoking in any work space under the control of the employer.

[34] The appellants further say that in enacting the Directive, the Commissioner attempted to reconcile the principle stated at section 70 of the Act that CSC must ensure that the living and working conditions of inmates are, *inter alia*, healthful, with the principle found at paragraph 4(e) of the Act that inmates are to retain all of those rights and privileges which members of society possess, other than those that must necessarily either be removed or restricted by reason of their detention. In support of this submission, the appellants refer to the Assistant Commissioner's recommendation to the Commissioner.

[35] The appellants conclude that there can be no doubt that the Commissioner attempted to balance the interests of all persons living and working in federal correctional facilities. In other words, he considered the interests of both smokers and non-smokers. As evidence of the Commissioner's approach, the appellants point to the first Directive, pursuant to which the Commissioner had put forward a solution of compromise whereby only smoking indoors was prohibited. This approach was abandoned only when it became clear to CSC that a partial ban on smoking would not lead to the intended purpose of preventing inmates from smoking indoors. At paragraphs 50 and 51 of their memorandum of fact and law, the appellants write as follows:

[TRANSLATION] As explained above, the Commissioner attempted to implement a less restrictive measure in 2006 by banning indoor smoking only within correctional facilities. This attempted compromise did not work. The policy was violated on numerous occasions despite the prohibition, and the prisoners and employees continued to be exposed to second-hand smoke. As explained above, additional measures were introduced by the Correctional Service of Canada to make the partial prohibition more effective (for example, lighting devices only available outdoors, lock boxes adjacent to the outdoor common area), but these measures were

ajoutent que la Directive est également conforme au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 15, lequel est ainsi conçu :

3. (1) L'employeur — ou son délégué — veille à ce que personne ne fume dans un lieu de travail placé sous son autorité. Obligation de l'employeur

[34] Les appelants affirment en outre que la Directive du commissaire constitue une tentative de concilier les principes énoncés à l'article 70 et à l'alinéa 4e) de la Loi, posant respectivement que le SCC doit veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus soit, entre autres, sain et que le détenu conserve les droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la détention. À l'appui de cet argument, ils citent la recommandation adressée au commissaire par le commissaire adjoint.

[35] Il ne fait aucun doute, selon eux, que le commissaire a cherché à concilier les intérêts de tous ceux qui vivent et travaillent dans des établissements correctionnels fédéraux, autrement dit, qu'il a tenu compte des intérêts des fumeurs comme de ceux des non-fumeurs. Ils en veulent pour preuve la première Directive du commissaire, qui mettait en place une solution de compromis suivant laquelle il n'était interdit de fumer qu'à l'intérieur. Cette solution n'a été abandonnée que lorsqu'il est apparu clairement au SCC qu'une interdiction partielle ne permettait pas d'atteindre le but visé, à savoir empêcher les détenus de fumer à l'intérieur. Les appelants font valoir ce qui suit aux paragraphes 50 et 51 de leur mémoire des faits et du droit :

Tel qu'exposé précédemment, le Commissaire a tenté d'implanter une mesure moins « restrictive » en 2006 en interdisant de fumer seulement à l'intérieur des établissements correctionnels. Cette tentative de compromis n'a pas fonctionné. De nombreuses contraventions à la politique ont été constatées malgré l'interdiction, continuant ainsi d'exposer la population carcérale et les employés à la fumée secondaire. Tel qu'exposé précédemment, des mesures additionnelles ont même été mises en place par le Service correctionnel du Canada afin de tenter de faire fonctionner l'interdiction partielle (par exemple : source d'allumage seulement dans la cour extérieure, casiers

largely unsuccessful, and even created security problems within the facilities.

Therefore, given the continuing problems with second-hand smoke, the Commissioner decided that a ban on the possession of tobacco in correctional facilities had become necessary. Directive No. 259 was adopted to address this. It is clear that the measure objectively falls within the Commissioner's statutory grant of authority and that it is reasonable.

[36] The foregoing leads the appellants to state that the Directive is clearly *intra vires*, adding that the burden of demonstrating the *ultra vires* nature of the Directive was that of the respondents. In the appellants' submission, the Judge erred in imposing that burden upon the appellants.

[37] The appellants also make a number of submissions regarding: (i) the distinction which they submit must be made between "intoxicants" which constitute "contraband" and "unauthorized items"; (ii) the case of CSC employees who are allowed to smoke outdoors in areas to which inmates do not have access and; (iii) the Aboriginal religious exception.

[38] With respect to "intoxicants" which fall within the definition of "contraband", the appellants say that the Commissioner need not take any action whatsoever in regard thereto, since section 2 of the Act prohibits their possession and, as a result, inmates found in possession thereof are subject to disciplinary sanctions under paragraphs 40(i) and 45(a) of the Act.

[39] The appellants then say that with regard to "unauthorized items" which section 2 of the Regulations defines as "means an item that is not authorized by Commissioner's Directives or by a written order of the institutional head and that an inmate possesses without prior authorization", the situation is different. The Act gives the Commissioner the responsibility of determining which substances will be considered "unauthorized" and those found in breach of a Commissioner's Directive are subject to disciplinary sanctions under paragraphs 40(j) and (r) of the Act. As a result, an inmate must obtain the

de rangement adjacents à la cour extérieure), mais ces mesures se sont avérées inefficaces, et ont même occasionné des problèmes sécuritaires dans les établissements.

Ainsi, compte tenu des problèmes persistants liés à la fumée secondaire, le Commissaire a jugé qu'une interdiction de possession du tabac dans les établissements correctionnels était devenue nécessaire. Il a adopté la Directive no. 259 dans cette optique. Il est clair que la mesure s'inscrit objectivement dans le cadre des pouvoirs normatifs qui lui sont conférés par la Loi, et par surcroît que la mesure est raisonnable.

[36] Ces arguments amènent les appelants à déclarer que la Directive ressortit clairement aux pouvoirs du commissaire et, qu'en outre, le fardeau de démontrer le contraire incombait aux intimés. Selon eux, le juge a erronément fait reposer ce fardeau sur les appelants.

[37] Les appelants ont également présenté des observations au sujet : i) de la distinction qu'il convient selon eux de faire entre les « substances intoxicantes » constituant des « objets interdits » et les « objets non autorisés »; ii) du fait que les employés du SCC sont autorisés à fumer dehors dans des endroits auxquels les détenus n'ont pas accès; et iii) de l'exception visant les pratiques religieuses autochtones.

[38] Relativement aux « substances intoxicantes » qui sont visées par la définition d'« objets interdits », les appelants soutiennent que le commissaire n'a pas à prendre de mesure puisque l'article 2 de la Loi en interdit la possession et que les détenus qui contreviennent à cette disposition s'exposent à des mesures disciplinaires en application des alinéas 40(i) et 45(a) de la Loi.

[39] S'agissant des « objets non autorisés », c'est-à-dire des objets « que le détenu a en sa possession sans autorisation préalable et en violation des Directives du commissaire ou d'un ordre écrit du directeur du pénitencier », suivant la définition énoncée à l'article 2 du Règlement, la situation est différente, selon les appelants. La Loi charge le commissaire de déterminer quelles substances seront considérées « non autorisées » et les personnes qui contreviennent à une directive du commissaire s'exposent à des mesures disciplinaires en application des alinéas 40(j) et r) de la Loi. Il s'ensuit

Commissioner's consent to possess a substance which he has declared, by way of a directive, to be an "unauthorized item". In the present instance, article 4 of the Directive declares as follows:

4. Unauthorized smoking items: smoking items including, but not limited to, cigarettes, cigars, tobacco, chewing tobacco, cigarette making machines, matches and lighters are unauthorized items within the meaning of section 2 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, except tobacco and ignition sources used for the accommodation of Aboriginal spirituality or other religious practices.

[40] Thus, the appellants say that the Judge erred in failing to make the proper distinction between "contraband" and "unauthorized items".

[41] With respect to the situation of CSC employees who are allowed to smoke outside in those areas where inmates do not normally have access, for example the parking lot of a correctional facility, the appellants say that this is of no relevance to the determination of whether the Directive is valid. In their view, there is no link between that situation and the risk of indoor smoking which the Directive seeks to prevent.

[42] With regard to the religious exemption for Aboriginals, the appellants submit that the respondents made no allegation nor any submission before the Judge. As a result, they state that they were never in a position to file evidence on this point and that it would therefore be unfair, at this stage of the proceedings, to allow the respondents to make such arguments. In any event, the appellants submit that section 83 of the Act, in conjunction with paragraph 2(a) of the Charter, clearly support the religious exemption found in the Directive.

[43] With regard to the Charter issue raised by the respondents, the appellants submit that because the respondents failed to serve a Notice of Constitutional Question, as required by section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], they are barred from raising a constitutional challenge. In any event, the appellants submit that the Directive does not

qu'un détenu doit obtenir le consentement du commissaire pour avoir en sa possession une substance qui a statut d'« objet non autorisé » en vertu d'une directive de ce dernier. En l'espèce, l'article 4 de la Directive énonce ce qui suit :

4. Articles de fumeur non autorisés : les articles de fumeur incluant, entre autres, les cigarettes, les cigares, le tabac, le tabac à mâcher, les rouleuses à cigarettes, les allumettes et les briquets sont des objets non autorisés au sens de l'article 2 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, exception faite du tabac et des sources d'allumage nécessaires aux pratiques spirituelles autochtones ou autres pratiques religieuses.

[40] Les appelants affirment en conséquence que le juge n'a pas fait la distinction qui s'imposait entre les « objets interdits » et les « objets non autorisés ».

[41] Pour ce qui est du fait que les employés du SCC sont autorisés à fumer dehors dans des endroits auxquels les détenus n'ont généralement pas accès, comme le stationnement d'un établissement correctionnel, les appelants font valoir qu'il est étranger à la question de la validité de la Directive. Ils estiment qu'il n'y a aucun lien entre cette situation et le risque posé par l'usage du tabac à l'intérieur, que la Directive vise à éliminer.

[42] Quant à l'exception religieuse visant les Autochtones, les appelants affirment que, n'ayant formulé ni allégation ni argument sur ce point devant le juge, les intimés n'étaient pas admis à présenter une preuve à ce sujet et qu'il serait donc injuste, à ce stade de l'instance, de leur permettre d'invoquer cet argument. Ils ajoutent qu'en tout état de cause l'article 83 de la Loi, combiné à l'alinéa 2a) de la Charte, fonde clairement l'exception religieuse prévue par la Directive.

[43] À l'égard de la question relevant de la Charte soulevée par les intimés, les appelants soutiennent que ceux-ci ne peuvent soumettre de contestation constitutionnelle car ils n'ont pas signifié l'avis de question constitutionnelle exigé à l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], que, de toute manière, la Directive ne porte

violates any of the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the Charter, adding that if there was a breach, it was justified under section 1 thereof.

(b) The respondents' submissions

[44] The respondents argue that the Directive was *ultra vires* of the Commissioner's powers. They say that directives can only address relatively minor administrative issues. In their view, major rights or major changes in policy can only be modified by regulation or statute, arguing that the Directive creates an unintended legislative absurdity, since the Directive violates the principles set out in sections 3 and 4 of the Act in that it does not use the least restrictive measure as required by paragraph 4(d) thereof.

[45] The respondents also take issue with the fact that the Directive creates distinctions between inmates, employees and visitors. They argue that "[o]nce it is accepted that no medical argument exists showing that third parties are adversely affected by second-hand [*sic*], there is no serious, rational defense of the total ban" (paragraph 58 of respondents' memorandum).

[46] Regarding the Charter issues, the respondents submit that the Directive's effect on the liberty and security of the person is such that it triggers the application of section 7. They argue that while there is no constitutional right to smoke, the "taking away of such a right will constitute a Charter violation". For this proposition, the respondents refer to the Supreme Court of Canada's decision in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791.

[47] Finally, the respondents argue that section 1 of the Charter cannot justify the breach of their rights, adding that the example of the province of Quebec demonstrates that a total ban on smoking is not necessary and that the appellants have based the total ban solely on administrative inconvenience.

atteinte à aucun droit garanti par les articles 7, 12 et 15 de la Charte et que, si violation il y avait, elle serait justifiée au sens de l'article premier.

b) Arguments des intimés

[44] Les intimés soutiennent que la Directive outre-passe les pouvoirs du commissaire. Les directives ne peuvent porter que sur des questions administratives relativement mineures, selon eux, et il faut procéder par voie législative ou réglementaire pour modifier des droits importants ou effectuer des changements de politique substantiels. La Directive débouche à leur avis sur un illogisme législatif imprévu car elle contrevient aux principes énoncés aux articles 3 et 4 de la Loi du fait qu'elle n'applique pas les mesures les moins restrictives possible, contrairement à ce qu'exige l'alinéa 4d).

[45] Ils reprochent également à la Directive d'établir des distinctions entre les détenus, les employés et les visiteurs. Ils font valoir au paragraphe 58 de leur mémoire que [TRADUCTION] « [L]orsqu'on accepte qu'aucun argument médical ne démontre que la fumée secondaire cause des dommages à des tiers, il n'existe aucune justification rationnelle sérieuse pour une interdiction totale ».

[46] S'agissant des questions relevant de la Charte, les intimés soutiennent que les effets de la Directive sur la liberté et la sécurité de la personne sont tels qu'ils entraînent l'application de l'article 7. Invoquant l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, ils font valoir que bien qu'il n'existe pas de droit constitutionnel de fumer [TRADUCTION] « la suppression de ce droit constitue néanmoins une violation de la Charte ».

[47] Ils prétendent enfin que l'article premier de la Charte ne peut justifier cette atteinte à leurs droits, ajoutant que l'exemple de la province de Québec démontre qu'une interdiction totale de fumer n'est pas nécessaire et que c'est uniquement pour des raisons de commodité administrative que les appelants en ont décrété une.

RELEVANT LEGISLATION

[48] The relevant provisions of the Act, the Regulations and the *Federal Courts Act* read as follows:

Corrections and Conditional Release Act

Definitions

2. ...

“contraband” means

(a) an intoxicant,

...

“intoxicant” means a substance that, if taken into the body, has the potential to impair or alter judgment, behaviour or the capacity to recognize reality or meet the ordinary demands of life, but does not include caffeine, nicotine or any authorized medication used in accordance with directions given by a staff member or a registered health care professional;

...

Purpose of correctional system

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

Principles that guide the Service

4. The principles that shall guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the corrections process;

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[48] Voici le texte des dispositions législatives pertinentes de la Loi, du Règlement et de la *Loi sur les Cours fédérales* :

Loi sur la système correctionnel et la mise en liberté sous condition**2.** [...] Définitions

« objets interdits »

a) Substances intoxicantes;

[...]

« substance intoxicante » Toute substance qui, une fois introduite dans le corps humain, peut altérer le comportement, le jugement, le sens de la réalité ou l’aptitude à faire face aux exigences normales de la vie. Sont exclus la caféine et la nicotine, ainsi que tous médicaments dont la consommation est autorisée conformément aux instructions d’un agent ou d’un professionnel de la santé agréé.

[...]

But du système correctionnel

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

4. Le Service est guidé, dans l’exécution de ce mandat, par les principes qui suivent :

Principes de fonctionnement

a) la protection de la société est le critère prépondérant lors de l’application du processus correctionnel;

- (b) that the sentence be carried out having regard to all relevant available information, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, other information from the trial or sentencing process, the release policies of, and any comments from, the National Parole Board, and information obtained from victims and offenders;
- (c) that the Service enhance its effectiveness and openness through the timely exchange of relevant information with other components of the criminal justice system, and through communication about its correctional policies and programs to offenders, victims and the public;
- (d) that the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders;
- (e) that offenders retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of the sentence;
- (f) that the Service facilitate the involvement of members of the public in matters relating to the operations of the Service;
- (g) that correctional decisions be made in a forthright and fair manner, with access by the offender to an effective grievance procedure;
- (h) that correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and be responsive to the special needs of women and aboriginal peoples, as well as to the needs of other groups of offenders with special requirements;
- (i) that offenders are expected to obey penitentiary rules and conditions governing temporary absence, work release, parole and statutory release, and to actively participate in programs designed to promote their rehabilitation and reintegration; and
- b) l'exécution de la peine tient compte de toute information pertinente dont le Service dispose, notamment des motifs et recommandations donnés par le juge qui l'a prononcée, des renseignements obtenus au cours du procès ou dans la détermination de la peine ou fournis par les victimes et les délinquants, ainsi que des directives ou observations de la Commission nationale des libérations conditionnelles en ce qui touche la libération;
- c) il accroît son efficacité et sa transparence par l'échange, au moment opportun, de renseignements utiles avec les autres éléments du système de justice pénale ainsi que par la communication de ses directives d'orientation générale et programmes correctionnels tant aux délinquants et aux victimes qu'au grand public;
- d) les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible;
- e) le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée;
- f) il facilite la participation du public aux questions relatives à ses activités;
- g) ses décisions doivent être claires et équitables, les délinquants ayant accès à des mécanismes efficaces de règlement de griefs;
- h) ses directives d'orientation générale, programmes et méthodes respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones et à d'autres groupes particuliers;
- i) il est attendu que les délinquants observent les règlements pénitentiaires et les conditions d'octroi des permissions de sortir, des placements à l'extérieur et des libérations conditionnelles ou d'office et qu'ils participent aux programmes favorisant leur réadaptation et leur réinsertion sociale;

| | | | |
|-----------------------------|---|---|----------------------------|
| | <p><i>j</i>) that staff members be properly selected and trained, and be given</p> <p>(i) appropriate career development opportunities,</p> <p>(ii) good working conditions, including a workplace environment that is free of practices that undermine a person's sense of personal dignity, and</p> <p>(iii) opportunities to participate in the development of correctional policies and programs.</p> <p>...</p> | <p><i>j</i>) il veille au bon recrutement et à la bonne formation de ses agents, leur offre de bonnes conditions de travail dans un milieu exempt de pratiques portant atteinte à la dignité humaine, un plan de carrière avec la possibilité de se perfectionner ainsi que l'occasion de participer à l'élaboration des directives d'orientation générale et programmes correctionnels.</p> <p>[...]</p> | |
| Disciplinary offences | <p>40. An inmate commits a disciplinary offence who</p> <p>(a) disobeys a justifiable order of a staff member;</p> <p>...</p> <p>(i) is in possession of, or deals in, contraband;</p> <p>(j) without prior authorization, is in possession of, or deals in, an item that is not authorized by a Commissioner's Directive or by a written order of the institutional head;</p> <p>...</p> <p>(r) wilfully disobeys a written rule governing the conduct of inmates; ...</p> <p>...</p> | <p>40. Est coupable d'une infraction disciplinaire le détenu qui :</p> <p>a) désobéit à l'ordre légitime d'un agent;</p> <p>[...]</p> <p>i) est en possession d'un objet interdit ou en fait le trafic;</p> <p>j) sans autorisation préalable, a en sa possession un objet en violation des directives du commissaire ou de l'ordre écrit du directeur du pénitencier ou en fait le trafic;</p> <p>[...]</p> <p>r) contrevient délibérément à une règle écrite régissant la conduite des détenus;</p> <p>[...]</p> | Infractions disciplinaires |
| Summary conviction offences | <p>45. Every person commits a summary conviction offence who</p> <p>(a) is in possession of contraband beyond the visitor control point in a penitentiary;</p> <p>...</p> | <p>45. Commet une infraction punissable par procédure sommaire quiconque :</p> <p>a) est en possession d'un objet interdit au-delà du poste de vérification d'un pénitencier;</p> <p>[...]</p> | Définition |
| Living conditions, etc. | <p>70. The Service shall take all reasonable steps to ensure that penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions</p> | <p>70. Le Service prend toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains,</p> | Conditions de vie |

| | | | |
|------------------------------|---|---|-------------------------------------|
| | of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful and free of practices that undermine a person's sense of personal dignity. | sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine. | |
| | ... | [...] | |
| Spiritual leaders and elders | 83. (1) For greater certainty, aboriginal spirituality and aboriginal spiritual leaders and elders have the same status as other religions and other religious leaders. | 83. (1) Il est entendu que la spiritualité autochtone et les chefs spirituels ou aînés autochtones sont respectivement traités à égalité de statut avec toute autre religion et chef religieux. | Chefs spirituels et aînés |
| Idem | (2) The Service shall take all reasonable steps to make available to aboriginal inmates the services of an aboriginal spiritual leader or elder after consultation with (a) the National Aboriginal Advisory Committee mentioned in section 82; and (b) the appropriate regional and local aboriginal advisory committees, if such committees have been established pursuant to that section. | (2) Le Service prend toutes mesures utiles pour offrir aux détenus les services d'un chef spirituel ou d'un aîné après consultation du Comité consultatif autochtone national et des comités régionaux et locaux concernés. | Obligation du Service en la matière |
| | ... | [...] | |
| Regulations | 96. The Governor in Council may make regulations | 96. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements : | Règlements |
| | ... | [...] | |
| | (e) providing for the matters referred to in section 70; | e) régissant les questions visées à l'article 70; | |
| | ... | [...] | |
| Rules | 97. Subject to this Part and the regulations, the Commissioner may make rules | 97. Sous réserve de la présente partie et de ses règlements, le commissaire peut établir des règles concernant : | Règles d'application |
| | (a) for the management of the Service; | a) la gestion du Service; | |
| | (b) for the matters described in section 4; and | b) les questions énumérées à l'article 4; | |
| | (c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations. | c) toute autre mesure d'application de cette partie et des règlements. | |
| | ... | [...] | |

| | | | |
|---------------------------|--|---|-----------|
| Commissioner's Directives | 98. (1) The Commissioner may designate as Commissioner's Directives any or all rules made under section 97. | 98. (1) Les règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire. | Nature |
| Accessibility | (2) The Commissioner's Directives shall be accessible to offenders, staff members and the public. | (2) Les directives doivent être accessibles et peuvent être consultées par les délinquants, les agents et le public. | Publicité |

Corrections and Conditional Release Regulations

2. ...

“unauthorized item” means an item that is not authorized by a Commissioner's Directives or by a written order of the institutional head and that an inmate possesses without prior authorization;

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition

2. [...]

« objet non autorisé » Tout objet que le détenu a en sa possession sans autorisation préalable et en violation des Directives du commissaire ou d'un ordre écrit du directeur du pénitencier.

Federal Courts Act

Constitutional questions

57. (1) If the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of a province, or of regulations made under such an Act, is in question before the Federal Court of Appeal or the Federal Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

Loi sur les Cours fédérales

Questions constitutionnelles

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

ISSUES

[49] The main issues before us are the following:

1. Did the Commissioner have the legislative authority to enact, by way of the Directive, a total ban on smoking in federal correctional facilities? If the answer to that question is in the affirmative, then does the Directive fall within the scope of the powers given to the Commissioner and do the measures found therein find support in the Act and in the Regulations?

QUESTIONS EN LITIGE

[49] Les principales questions dont la Cour est saisie sont les suivantes :

1. Le commissaire était-il légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux par voie de directive? Dans l'affirmative, la Directive entre-t-elle dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et les mesures qu'elle comporte sont-elles fondées sur la Loi et le Règlement?

2. Are the respondents barred from raising Charter issues in this appeal because of their failure to provide to the attorneys general of the provinces a notice pursuant to subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*. If the answer to that question is in the negative, then does the Directive infringe the respondents' Charter rights?

[50] I now turn to these issues.

ANALYSIS

The Charter issues

[51] I will first address the question of whether subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* prevents the respondents from raising Charter issues in this appeal, by reason of their failure to give notice to the attorney general of each province that they intended to raise the constitutionality of the Directive.

[52] In *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, the Supreme Court of Canada dealt with the purpose of notice provisions and the consequences of non-compliance as they pertained to section 109 [as am. by S.O. 1994, c. 12, s. 42] of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, a provision similar to subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*. At paragraphs 48, 53 and 54 of his reasons, Sopinka J., writing for the Court, stated:

The purpose of s. 109 is obvious. In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.

2. L'omission de fournir aux procureurs généraux des provinces l'avis prévu au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* empêche-t-elle les intimés d'invoquer la Charte? Dans la négative, la Directive porte-t-elle atteinte aux droits des intimés garantis par la Charte?

[50] Passons maintenant à l'examen de ces questions.

ANALYSE

Les questions relatives à la Charte

[51] J'examinerai d'abord la question de savoir si le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* empêche les intimés de soulever des questions relevant de la Charte dans le présent appel parce qu'ils n'ont pas avisé les procureurs généraux des provinces de leur intention de contester la constitutionnalité de la Directive.

[52] Dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, la Cour suprême du Canada a examiné la raison d'être des exigences en matière d'avis et les conséquences du défaut de s'y conformer, dans le contexte de l'article 109 [mod. par L.O. 1994, ch. 12, art. 42] de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, une disposition analogue au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Le juge Sopinka, rendant jugement pour la Cour, a écrit aux paragraphes 48, 53 et 54 de ses motifs :

L'objectif de l'art. 109 est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.

...

[...]

In view of the purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act*, I am inclined to agree with the opinion of the New Brunswick Court of Appeal in *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, *supra*, and Arbour J.A. dissenting in *Mandelbaum*, *supra*, that the provision is mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence without a showing of prejudice. It seems to me that the absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. I am not reassured that the Attorney General will invariably be in a position to explain after the fact what steps might have been taken if timely notice had been given. As a result, there is a risk that in some cases a statutory provision may fall by default.

There is, of course, room for interpretation of s. 109 and there may be cases in which the failure to serve a written notice is not fatal either because the Attorney General consents to the issue's being dealt with or there has been a *de facto* notice which is the equivalent of a written notice. It is not, however, necessary to express a final opinion on these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice. [Emphasis added.]

[53] This Court has cited *Eaton*, above, with approval and has held that the same general principles apply to subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*: *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183; *Halifax Longshoremen's Assn., Local 269 v. Offshore Logistics Inc.* (2000), 25 Admin. L.R. 224 (F.C.A.), at paragraphs 56–57; *Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135 (C.A.); *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2004 FCA 66, [2004] 3 F.C.R. 436, at paragraphs 73–81 (*per* Sharlow J.A. dissenting, but not on this point, which the majority did not address); *Jacobs v. Sports Interaction*, 2006 FCA 116, 348 N.R. 292, at paragraph 5. While Rothstein J.A. (as he then was) in *Halifax Longshoremen's Assn.*, above, at paragraph 58, left open the question of whether section 57 is mandatory, this Court has stated on several occasions that it is without jurisdiction to hear a

Compte tenu de l'objet de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, je suis enclin à être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, et par le juge Arbour, dissidente, dans l'arrêt *Mandelbaum*, précité, selon laquelle la disposition impose une obligation, et l'omission de donner l'avis invalide une décision rendue en son absence sans que l'existence d'un préjudice ait été prouvée. Il me semble que l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. Je ne suis pas rassuré par le fait que le procureur général sera immanquablement en mesure d'expliquer après coup quelles mesures auraient pu être prises si l'avis avait été donné au moment opportun. Il y a donc un risque que, dans certains cas, une disposition législative puisse être annulée par défaut.

Il y a naturellement place à interprétation en ce qui concerne l'art. 109, et il peut se présenter des cas où l'omission de signifier un avis par écrit n'est pas fatale parce que le procureur général donne son consentement à ce que la question soit examinée ou parce qu'il y a eu un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit. Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis. [Je souligne.]

[53] Notre Cour a suivi l'arrêt *Eaton*, précité, et jugé que les mêmes principes généraux s'appliquaient au paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Halifax Longshoremen's Assn., section locale 269 c. Offshore Logistics Inc.*, 2000 CanLII 15852 (C.A.F.), aux paragraphes 56 et 57; *Gitksan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.); *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CAF 66, [2004] 3 R.C.F. 436, aux paragraphes 73 à 81 (la juge Sharlow, dissidente, mais non sur ce point, non abordé par les juges majoritaires); *Jacobs c. Sports Interaction*, 2006 CAF 116, au paragraphe 5. Bien que le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême) ait laissé ouverte la question du caractère impératif de l'article 57, au paragraphe 58 de l'arrêt *Halifax Longshoremen's Assn.*, précité, notre Cour s'est plusieurs

constitutional issue where the party raising it has not fully complied with the notice requirement: *Bekker*, above, at paragraph 8; *Giagnocavo v. Canada* (1995), 95 D.T.C. 5618 (F.C.A.); *Jacobs*, above.

[54] It is clear from the text of subsection 57(1) that notice is required only in those cases where the constitutional validity, applicability or operability of an “Act of Parliament” or of “regulations” is challenged. A Commissioner’s Directive is not an Act of Parliament; the question, however, is whether such a directive can be deemed a “regulation” for the purpose of subsection 57(1).

[55] The respondents point out that in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, the Supreme Court held that directives issued by commissioners of CSC were not “laws” within the meaning of what was then section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. At page 129 of its reasons, the Court held that although directives were authorized by statute, they were “clearly of an administrative, not a legislative, nature.” The issue before the Supreme Court was whether the Federal Court of Appeal had erred in concluding that a disciplinary order made against the appellant by the Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board did not fall within the scope of section 28. More particularly, the Federal Court of Appeal had concluded that the Board’s decision was an order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

[56] In my view, the issue raised in *Matsqui*, above, and the conclusion which the Supreme Court arrived at are of no relevance to the present matter. First, on the wording of the present section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*, to which sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] to 18.5 [ss. 18.1 to 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, ss. 27, 28)] thereof apply *mutatis mutandis*, except subsection 18.4(2), the decision of the Supreme Court in *Matsqui* would clearly have been different. Second, the Court’s determination in *Matsqui*

fois déclarée sans compétence pour entendre une question constitutionnelle lorsque la partie qui la souève ne s’est pas entièrement conformée aux exigences en matière d’avis : *Bekker*, précité, au paragraphe 8; *Giagnocavo c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1355 (C.A.) (QL); *Jacobs*, précité.

[54] Il ressort clairement du libellé du paragraphe 57(1) que l’avis n’est exigé que lorsque la validité, l’applicabilité ou l’effet sur le plan constitutionnel de « lois fédérales » ou de leurs « textes d’application » (« *regulations* » en anglais) est en cause. Les directives du commissaire ne sont pas des lois fédérales, mais il faut se demander si elles peuvent être considérées comme des « textes d’application » au sens du paragraphe 57(1).

[55] Les intimés soulignent que dans l’arrêt *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l’Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, la Cour suprême a statué que les directives du commissaire du SCC n’étaient pas des lois au sens de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10] alors en vigueur. À la page 129 de l’arrêt, la Cour a jugé que bien que les directives soient autorisées par la loi, elles sont « nettement de nature administrative et non législative ». Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si la Cour d’appel fédérale avait conclu à tort qu’une ordonnance disciplinaire rendue contre l’appellant par le Comité de discipline des détenus de l’établissement n’était pas visée par l’article 28. La Cour d’appel fédérale avait conclu, plus particulièrement, que la décision du Comité était une ordonnance administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

[56] À mon avis, la question qui se posait dans l’arrêt *Matsqui*, précité, et la conclusion formulée par la Cour suprême ne sont pas pertinentes pour la présente espèce. Premièrement, la Cour suprême aurait sans aucun doute rendu une décision différente si c’était le libellé actuel de l’article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*, auquel s’appliquent les dispositions des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] à 18.5 [art. 18.1 à 18.5 (édictees par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27, 28)], exception faite du paragraphe 18.4(2), qui

is of no help to the issue now before us, i.e. whether the Commissioner's Directive is a regulation within the meaning of subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*.

[57] Section 2 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, defines "regulation" as follows:

Definitions

2. ...

"regulation" includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council; [Emphasis added.]

[58] Section 97 of the Act confers upon the Commissioner the power to make rules and subsection 98(1) confers upon him the power to designate "any or all rules made under section 97" as a "Commissioner's Directive". Consequently, it is my view that a "Commissioner's Directive" is a "rule ... or other instrument issued, made or established (a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act" within the meaning of section 2 of the *Interpretation Act*. Thus, the Directive constitutes, for the purposes of subsection 57(1) of the *Federal Courts Act*, a "regulation" and, as a result, a notice of constitutional question is necessary to challenge its constitutionality.

[59] It is not disputed that the Attorney General of Canada has received notice of a constitutional question. However, no such notice was given to the attorneys general of the provinces and, consequently, the respondents' failure to provide the notice prevents us from entertaining the respondents' constitutional challenge.

avait été en cause. Deuxièmement, le jugement rendu dans l'arrêt *Matsqui* n'est pas utile pour trancher la question qui nous est soumise, à savoir si la Directive du commissaire est un texte d'application au sens du paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[57] L'article 2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, définit ainsi « règlement » :

2. [...]

Définitions

« règlement » Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris :

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. [Non souligné dans l'original.]

[58] L'article 97 de la Loi confère au commissaire le pouvoir d'établir des règles, et le paragraphe 98(1) prévoit que « [l]es règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire ». J'estime en conséquence que les « directives du commissaire » sont une « règle judiciaire ou autre [...] ou [un] autre acte pris : a) [...] dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale » au sens de l'article 2 de la *Loi d'interprétation*. La Directive constitue donc un « texte d'application » (*regulation*) au sens du paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et un avis de question constitutionnelle est nécessaire pour en contester la constitutionnalité.

[59] Il n'est pas contesté que le procureur général du Canada a reçu un avis de question constitutionnelle. Toutefois, les intimés n'ont pas donné cet avis aux procureurs généraux des provinces, et cette omission empêche l'examen de la contestation constitutionnelle.

Did the Commissioner have the legislative authority to enact, by way of the Directive, a total ban on smoking in federal correctional facilities?

[60] In enacting the Directive, the Commissioner relied on sections 70, 97 and 98 of the Act. More particularly, the appellants say that the Commissioner was entitled to adopt a directive for “carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations”, i.e. to ensure, as provided in section 70 of the Act, that the living and working conditions of inmates and of employees are safe and healthful. On the other hand, the respondents argue that the Commissioner could not proceed as he did because paragraph 96(e) of the Act grants the Governor in Council the power to enact regulations in regard to “the matters referred to in section 70”.

[61] For ease of reference, I again reproduce section 70, paragraph 96(e), section 97 and subsection 98(1) of the Act, which provide as follows:

Living conditions, etc.

70. The Service shall take all reasonable steps to ensure that penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful and free of practices that undermine a person’s sense of personal dignity.

...

Regulations

96. The Governor in Council may make regulations

...

(e) providing for the matters referred to in section 70;

...

Rules

97. Subject to this Part and the regulations, the Commissioner may make rules

(a) for the management of the Service;

(b) for the matters described in section 4; and

Le commissaire était-il légalement habilité à imposer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux par voie de directive?

[60] Le commissaire s’est fondé sur les articles 70, 97 et 98 de la Loi pour établir la Directive. Les appelants soutiennent, en particulier, que le commissaire pouvait adopter une directive concernant « toute autre mesure d’application de cette partie et des règlements », c’est-à-dire veiller, comme le prévoit l’article 70 de la Loi, à ce que le milieu de vie et de travail et les conditions de travail des agents soient sains et sécuritaires. Les intimés prétendent, pour leur part, que le commissaire ne pouvait procéder comme il l’a fait parce que c’est au gouverneur en conseil qu’il appartient, en vertu de l’alinéa 96e) de la Loi, de prendre des règlements relatifs aux « questions visées à l’article 70 ».

[61] Pour plus de commodité, voici une fois de plus le texte de l’article 70, l’alinéa 96e), l’article 97 et le paragraphe 98(1) :

70. Le Service prend toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine.

[...]

96. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :

[...]

e) régissant les questions visées à l’article 70;

[...]

97. Sous réserve de la présente partie et de ses règlements, le commissaire peut établir des règles concernant :

a) la gestion du Service;

b) les questions énumérées à l’article 4;

Conditions de vie

Règlements

Règles d’application

(c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations.

c) toute autre mesure d'application de cette partie et des règlements.

...

[...]

Commissioner's Directives

98. (1) The Commissioner may designate as Commissioner's Directives any or all rules made under section 97.

98. (1) Les règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire.

Nature

[62] I should also make reference to subsection 83(1) of the Regulations, which reads:

[62] Il convient également de citer le paragraphe 83(1) du Règlement :

83. (1) The Service shall, to ensure a safe and healthful penitentiary environment, ensure that all applicable federal health, safety, sanitation and fire laws are complied with in each penitentiary and that every penitentiary is inspected regularly by the persons responsible for enforcing those laws.

83. (1) Pour assurer un milieu pénitentiaire sain et sécuritaire, le Service doit veiller à ce que chaque pénitencier soit conforme aux exigences des lois fédérales applicables en matière de santé, de sécurité, d'hygiène et de prévention des incendies et qu'il soit inspecté régulièrement par les responsables de l'application de ces lois.

[63] I am satisfied that the Commissioner is not prohibited from issuing directives regarding matters found in section 70 simply because the Act authorizes the Governor in Council to make regulations in regard to those matters.

[63] J'estime que le simple fait que la Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant les questions visées à l'article 70 n'empêche pas la prise de directive à leur égard par le commissaire.

[64] First, section 70 of the Act makes it clear that it is CSC's duty to "take all reasonable steps to ensure that ... the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful". This duty is reinforced by the wording of section 83 of the Regulations.

[64] Premièrement, l'article 70 de la Loi énonce clairement qu'il incombe au SCC de prendre « toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires ». Le libellé de l'article 83 du Règlement vient renforcer cette obligation.

[65] Second, limiting the Commissioner's ability to issue directives because of the Governor in Council's power to enact regulations is, in my view, inconsistent with the opening words of section 97, which make it clear that the Commissioner's power to make rules is "Subject to this Part and the regulations". In other words, while the Commissioner may make rules, the Governor in Council may make regulations in relation to the same subject matter and if it does, the regulations prevail over the rules. Given the nature of the Commissioner's duties and the broad discretion that he has been given in order to carry them out, Parliament surely did not intend to prevent the Commissioner from issuing directives by reason of section 96.

[65] Deuxièmement, il serait incompatible avec le libellé introductif de l'article 97 — lequel énonce clairement que le pouvoir du commissaire en matière de directives s'exerce « Sous réserve de la présente partie et de ses règlements » — de limiter la capacité du commissaire d'établir des directives à cause du pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil. Autrement dit, le commissaire peut établir des règles, et le gouverneur en conseil peut prendre des règlements sur les mêmes questions; s'il le fait, ses règlements ont préséance sur les règles. Étant donné la nature des obligations du commissaire et le vaste pouvoir discrétionnaire qui lui a été dévolu pour lui permettre de s'en acquitter, il n'entrerait certainement pas dans l'intention du législateur que

[66] Third, the scheme of the Act is inconsistent with an interpretation that would limit the Commissioner's ability to issue directives. Section 96 enumerates the matters in regard to which the Governor in Council may make regulations, while the Commissioner's authority to issue directives under sections 97 and 98 is very broad. Moreover, section 96 provides the Governor in Council with the authority to enact regulations on numerous matters (paragraphs (a) to (z)). Thus, obliging the Commissioner to determine whether a proposed directive overlaps in some way with the Governor in Council's regulation-making power would make it very difficult for him to issue directives. For example, given the obvious overlap between "safety" and "security" in a penitentiary, the reference to the safety of inmates in section 70 could potentially prevent the Commissioner from issuing directives on certain matters central to the operation of correctional facilities.

[67] Lastly, I believe that it is likely that Parliament intended significant overlap between the Commissioner's power to issue directives and the Governor in Council's authority to enact regulations. The prevailing approach to resolving conflicts between legislation and subordinate legislation, which is somewhat analogous to the doctrine of federal paramountcy, in no way precludes overlap.

[68] In many administrative schemes, such overlap will be highly desirable, as instruments of administrative decision making like directives, rules and guidelines, are typically more flexible and easier to institute, revoke or change as the circumstances require: *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, at paragraphs 90–109, particularly 106–109; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 38–39; see also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 623–624. Flexibility is likely an important part of the rationale for overlapping authority in the scheme established by the Act;

l'article 96 empêche le commissaire d'établir des directives.

[66] Troisièmement, le régime établi par la Loi s'oppose à une interprétation qui restreindrait le pouvoir du directeur d'établir des directives. L'article 96 énumère ce qui peut être régi par règlement du gouverneur en conseil, alors que les articles 97 et 98 décrivent en termes très larges le pouvoir du commissaire d'établir des directives. Qui plus est, aux termes de l'article 96, le pouvoir réglementaire du gouverneur général peut s'exercer sur un large éventail de sujets (alinéas a) à z)), de sorte qu'il serait très difficile pour le commissaire d'établir des directives s'il devait déterminer chaque fois si elles touchent de quelque façon le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil. Par exemple, étant donné l'étendue des questions ressortissant à la sécurité dans un pénitencier, la mention d'un milieu sécuritaire pour les détenus à l'article 70 pourrait empêcher le commissaire d'établir des directives sur des points essentiels au fonctionnement d'établissements correctionnels.

[67] Je crois probable, enfin, que le chevauchement substantiel entre le pouvoir du commissaire d'établir des directives et le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil était voulu par le législateur. Le mécanisme auquel on recourt pour résoudre les conflits entre lois et textes de législation déléguée, qui s'apparente quelque peu à la doctrine de la prépondérance fédérale, n'interdit nullement le chevauchement.

[68] En matière administrative, il arrivera souvent que le chevauchement soit éminemment souhaitable, car les instruments du processus décisionnel administratif que sont les directives, règles et lignes directrices offrent généralement plus de souplesse et sont plus faciles à établir, révoquer ou modifier en fonction des besoins : *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385, aux paragraphes 90 à 109, en particulier les paragraphes 106 à 109; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 38 et 39; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 623 et 624. La

different aspects of the same matter may be better addressed by regulation or by directive.

[69] I therefore conclude that the Commissioner had the legislative authority to adopt the Directive and, more particularly, to enact a directive so as to ensure that the living and working conditions of inmates and employees were safe and healthful.

[70] I now turn to the question of whether the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner and whether the measures found therein find support in the Act and in the Regulations.

[71] To begin with, it is important to recall the policy objective of the Directive which is set out at paragraph 1 thereof:

1. To enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities. To achieve this objective, smoking will not be permitted indoors or outdoors within the perimeter of federal correctional facilities, including Community Correctional Centres (CCCs).

[72] Second, there is no dispute before us with regard to the danger that indoor smoking may pose to non-smokers. In fact, the respondents concede that indoor smoking may cause harm to non-smokers.

[73] Third, there can be no doubt that in enacting the first Directive, the Commissioner was attempting to prevent both inmates and employees from smoking indoors within federal correctional facilities so as to protect non-smokers. There can also be no doubt that the purpose of the Directive and, more particularly, the prohibition in respect of outdoor smoking, is an attempt by the Commissioner to prevent indoor smoking and, thus, to protect the health of non-smokers within the confines of federal correctional facilities. The stated purpose of the Directive clearly finds support in the Assistant Commissioner's recommendation of June 21,

souplesse est probablement une raison d'être importante du chevauchement de pouvoirs existant dans le régime établi par la Loi; un règlement ou une directive peuvent chacun traiter plus efficacement différents aspects d'une même question.

[69] Je conclus donc que le commissaire était légalement habilité à établir la Directive et, plus particulièrement, qu'il avait le pouvoir d'établir une directive pour veiller à ce que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains et sécuritaires.

[70] Il me faut à présent examiner si la Directive entre dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire et si les mesures qu'elle comporte sont fondées sur la Loi et le Règlement.

[71] Il importe, en premier lieu, de rappeler l'objectif poursuivi par la Directive, lequel est énoncé au paragraphe 1 :

1. Améliorer la santé et le bien-être en éliminant l'exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux. Pour atteindre cet objectif, il sera interdit de fumer à l'intérieur ainsi qu'à l'extérieur des bâtiments au sein du périmètre des établissements correctionnels fédéraux, y compris les centres correctionnels communautaires (CCC).

[72] Deuxièmement, il n'a pas été contesté devant nous que l'usage du tabac à l'intérieur peut poser un risque pour les non-fumeurs. Les intimés ont d'ailleurs reconnu que cet usage pouvait être nocif pour les non-fumeurs.

[73] Troisièmement, il ne fait aucun doute qu'en établissant la première Directive, le commissaire tentait d'empêcher tant les détenus que les employés de fumer à l'intérieur des établissements correctionnels fédéraux afin de protéger les non-fumeurs. Il est également incontestable que la Directive et, plus particulièrement, l'interdiction de fumer dehors, vise à empêcher que les gens fument à l'intérieur et, ainsi, à protéger la santé des non-fumeurs dans les établissements correctionnels. L'objectif déclaré de la Directive est clairement étayé par la recommandation en date du 21 juin 2007 du commissaire adjoint, dans laquelle celui-ci explique

2007, which explains why the first Directive was enacted, i.e.: “This policy was developed in response to the expanding body of scientific evidence demonstrating the potential harmful effects of second-hand smoke and the increasing concern about exposure by employees, offenders and other individuals inside federal penitentiaries” (appeal book, Vol. 2, page 328). The Assistant Commissioner’s recommendation also explains why the first Directive was not successful in meeting its objective. More particularly, the recommendation sets out the number of reported infractions to the indoor smoking ban, outlining the ways and means taken by inmates to smuggle cigarettes into the correctional facilities and the fabrication of smoking devices to replace matches and lighters which CSC had either removed or confiscated.

[74] In making the case to the Commissioner for the adoption of a total smoking ban, the Assistant Commissioner speaks to the advantages of such a policy and points out that exposure to second-hand smoke would be eliminated within all federal correctional facilities (appeal book, Vol. 2, page 343).

[75] I am therefore satisfied that the Commissioner’s Directive clearly falls within the ambit of paragraph 97(c) of the Act in that it purports to take steps to ensure that the living and working conditions of inmates and employees of CSC are safe and healthful. Thus, the Directive falls within the scope of the powers given to the Commissioner under the Act and the Regulations.

[76] This conclusion, in my view, is sufficient to dispose of the question of the *vires* of the Directive. As Strayer J.A. stated in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), at page 602:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court’s policy preferences. The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? [Footnote omitted.]

pourquoi la première Directive a été prise : « Cette politique a été élaborée en réponse au corpus croissant de preuves scientifiques démontrant la nocivité potentielle de la fumée secondaire et aux craintes de plus en plus sérieuses au sujet de l’exposition continue des employés, délinquants et autres personnes à la fumée secondaire à l’intérieur des pénitenciers fédéraux » (dossier d’appel, vol. 2, page 328). Cette recommandation explique également pourquoi la première Directive n’a pas permis d’atteindre l’objectif qu’elle poursuivait. Elle indique, en particulier, le nombre d’infractions à l’interdiction de fumer à l’intérieur qui ont été signalées, et elle décrit les moyens pris par les détenus pour introduire des cigarettes en contrebande dans les établissements correctionnels ainsi que les instruments qu’ils ont fabriqués pour remplacer les allumettes et les briquets supprimés ou confisqués par le SCC.

[74] En présentant les arguments militant en faveur d’une interdiction totale de fumer, le commissaire adjoint mentionne les avantages d’une telle politique et fait valoir qu’on éliminerait ainsi toute exposition à la fumée secondaire au sein de tous les établissements correctionnels fédéraux (dossier d’appel, vol. 2, page 343).

[75] Je suis donc convaincu que la Directive est clairement de celles qui peuvent être établies en vertu de l’alinéa 97c) de la Loi, en tant que ses dispositions ont pour but que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des employés du SCC soient sains et sécuritaires. Elle entre donc dans les limites des pouvoirs conférés au commissaire par la Loi et le Règlement.

[76] Cette conclusion suffit, à mon avis, à trancher la question de la légalité de la Directive. Comme le juge Strayer l’a indiqué dans l’arrêt *Jafari c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), à la page 602 :

Il va sans dire qu’il n’appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d’en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante : le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? [Note de bas de page omise.]

[77] The answer to the question posed by Strayer J.A. in the present appeal is clearly an affirmative one.

[78] Echoing the point of view expressed by Strayer J.A. in *Jafari*, above, which he quoted with approval, Noël J.A., in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, made the following remarks at paragraph 57:

Understanding precisely what is in issue in a judicial review application is important when it comes time to determine the standard of review as well as the scope of the review that can be conducted by the Court. An attack aimed at the vires of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation, an issue that invariably calls for a standard of correctness. As was stated by this Court in *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600, at paragraph 10:

Reviewing whether subordinate legislation is authorized by its enabling statute does not require application of the pragmatic and functional approach. Rather, the *vires* of subordinate legislation is always to be reviewed on a correctness standard. See, for analogous circumstances in respect of municipal by-law: *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5. [Emphasis added.]

[79] As is made clear by Noël J.A. in the above passage, the question pertaining to the *vires* of delegated legislation must be reviewed on a standard of correctness. Consequently, I am of the view that the Judge erred in declaring the Directive invalid.

[80] The Judge's role was to determine whether the statutory grant of authority given to the Commissioner allowed him to adopt the Directive. However, the Judge did not see his role as so limited and proceeded to determine *de novo* whether the outdoor smoking ban was justified in the circumstances. In this regard, I refer particularly to his reasons at paragraphs 27, 28, 33 and 34, where, in effect, the Judge appears to have substituted his view to that of the Commissioner as to whether a total ban on smoking should be implemented in federal correctional facilities. For example, at paragraph 28 of

[77] En l'espèce, cette question du juge Strayer appelle clairement une réponse affirmative.

[78] Dans l'arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, le juge Noël a réitéré la position exposée par le juge Strayer dans l'arrêt *Jafari*, précité, qu'il a cité en l'approuvant et en ajoutant le commentaire suivant au paragraphe 57 :

Il importe de bien comprendre ce qui est en litige dans une demande de contrôle judiciaire lorsque vient le temps de déterminer la norme de contrôle qui s'applique et la portée du contrôle qui peut être effectué par le tribunal. La contestation de la légalité d'un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris, une question qui est invariablement assujettie à la norme de la décision correcte. Comme la Cour l'a affirmé dans *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600, au paragraphe 10 :

L'analyse qui consiste à se demander si un texte réglementaire est autorisé par sa loi habilitante ne requiert pas l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle. La validité d'un texte réglementaire doit plutôt être toujours examinée selon la norme de la décision correcte. Pour une situation analogue se rapportant aux règlements municipaux, voir l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5. [Je souligne.]

[79] Il ressort clairement de ce passage des motifs du juge Noël que la question de la légalité de la législation déléguée s'examine suivant la norme de la décision correcte. Il s'ensuit qu'en déclarant la Directive invalide le juge a selon moi commis une erreur.

[80] Son rôle consistait à examiner si le pouvoir conféré au commissaire permettait à celui-ci d'adopter la Directive, mais il est sorti des limites de ce rôle et a procédé à une appréciation *de novo* de la justification dans les circonstances de la mesure instituant l'interdiction de fumer à l'extérieur. Je me reporte à cet égard aux paragraphes 27, 28, 33 et 34 de ses motifs, où il appert qu'il a en fait substitué son opinion à celle du commissaire au sujet de l'opportunité d'instituer une interdiction totale de fumer dans les établissements correctionnels fédéraux. Au paragraphe 28, par exemple, il exprime l'opinion

his reasons, the Judge indicates that in his opinion, the total ban on smoking will result in the adoption of additional “control measures” and that he has doubts as to the effectiveness of these measures. As Strayer J.A. made clear in *Jafari*, above, at page 602, it is not open to “a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court’s policy preferences.”

[81] In the end, it was the Commissioner’s duty to determine what steps were necessary to ensure the health and safety of those living and working in federal correctional facilities. After a careful review of the situation, the Commissioner determined that a total ban on smoking was the appropriate measure to “enhance health and wellness by eliminating exposure to second-hand smoke at all federal correctional facilities.” Consequently, the Judge ought not to have intervened.

Disposition

[82] For these reasons, I would therefore allow the appeal with costs, I would set aside the judgment of the Federal Court and, rendering the decision it ought to have rendered, I would dismiss the application for judicial review with costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

que l’interdiction totale entraînera l’adoption de « mesures de contrôle », dont il met en doute l’efficacité. Or, comme le juge Strayer l’a clairement indiqué à la page 602 de l’arrêt *Jafari*, précité, il n’appartient pas « à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d’en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique ».

[81] En définitive, c’est au commissaire qu’il revenait de déterminer quelles mesures étaient nécessaires pour protéger la santé et la sécurité de ceux qui vivaient et qui travaillaient dans les établissements correctionnels fédéraux. Après un examen fouillé de la situation, le commissaire a estimé qu’il convenait d’appliquer une interdiction totale pour « [a]méliorer la santé et le bien-être en éliminant l’exposition à la fumée secondaire dans tous les établissements correctionnels fédéraux. » Par conséquent, le juge n’aurait pas dû intervenir.

Dispositif

[82] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel avec dépens, j’annulerais le jugement de la Cour fédérale et, rendant la décision qui aurait dû être rendue, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d’accord.