

[Text]

apply purposes that are not clear. I have given you the issue of genuine refugees, for one. The more I read clause 2.1, the more I say that the people who drafted this could not have been seized of clear-cut instructions as to what the minister intended. Do we have an obligation to redraft purposes for the government? That is really scary to me in the Senate.

Professor Beatty: My view may be idiosyncratic, but as I read the case law, constitutional review focuses on the means by which, the details by which, legislative purposes are pursued. Courts, for obvious reasons—the tradition of parliamentary sovereignty—do not want to question purposes. As I read the jurisprudence, in the main circumstances the courts will say that purposes are inappropriate if a law is passed defeating a constitutional right—clear case. Beyond that, however, I do not think the courts want to interfere with purposes. The answer to your question is that I would not play very much with the purposes. I would play with the means by which those purposes were accomplished.

On your first question, when you said that section 91 seems to be inconsistent with the very purposes of clause 2.1, first, I would agree with you, and there are provisions where I think that is true. I have said that the guts of constitutional litigation focus on this principle I keep calling “least drastic means”, but in fact there are three principles that they play with, three principles of proportionality, three principles by which they measure the proportionality of the means, the details to the objective. The first one, which is almost never used because it is almost always satisfied, is a test called the rational connection test; that is, does the legislation accomplish the purposes it is meant to serve? That almost never happens. This is a case where you could probably hang that provision you refer to on that test. I think there are other provisions like that which would not get through the rational connection test. I think you are quite right in being sensitive about that.

I agree with the first part of your question but I come at it by asking: Does the rest of this accomplish what clause 2 is set out to do? I do not question that there is an emergency, that there are abusers of our system, that there are smugglers and that there are security risks. The government has the right to stop all of that and it wants to protect genuine refugees. I think the point you make is that this legislation is drafted in a way that will undermine the first purpose, which is protecting genuine refugees. I think that can get hung on this rational connection test.

Professor Gibson: The only thing I disagree with is a question of theory; I agree with Professor Beatty's conclusions. It seems to me that the purposes section may perform a useful

[Traduction]

rent. Enfin, ils devront appliquer des dispositions dont ils sauront qu'elles risquent de ne pas répondre aux exigences constitutionnelles. Ils auront sans doute du mal à interpréter des objectifs qui ne sont pas clairs. Je vous ai cité l'exemple de véritables réfugiés. Plus je lis l'article 2.1, plus je suis d'avis que les gens qui l'ont rédigé n'ont pas dû recevoir d'instructions précises concernant les intentions du ministre. Sommes-nous dans l'obligation de rédiger de nouveau la rubrique intitulée «Objet des modifications» pour le gouvernement? A mon avis, ce n'est pas aux sénateurs de faire cela.

M. Beatty: Mon point de vue est peut-être très personnel, mais il me semble, d'après la jurisprudence, que le contrôle de la constitutionnalité met l'accent sur les moyens et sur les détails par lesquels on s'efforce d'atteindre les objectifs d'une mesure législative. Pour des raisons évidentes, notamment en vertu de la tradition de la souveraineté du Parlement, les tribunaux se refusent à contester l'objet d'une mesure législative. D'après mon interprétation de la jurisprudence, les tribunaux ne vont contester l'objet d'une mesure que si elle porte manifestement atteinte à un droit constitutionnel. En dehors de ce cas, je ne pense pas que les tribunaux acceptent de se prononcer sur l'objet d'une mesure législative. Pour répondre à votre question, je ne pense pas qu'il faille s'intéresser outre mesure à l'objet des modifications. Il me semblerait plus utile de considérer les moyens par lesquels cet objet est atteint.

En ce qui concerne votre première question, lorsque vous dites que l'article 91 semble incompatible avec l'objet de l'article 2.1, je pense que vous avez raison. Comme je l'ai dit, les litiges dans le domaine constitutionnel portent sur le principe dit «des moyens les moins radicaux», mais en fait, ils jouent sur trois principes, qui sont des principes de proportionnalité, trois principes par lesquels on mesure la proportionnalité des moyens, en évaluant les détails par rapport aux objectifs. Le premier principe, qu'il n'est pratiquement jamais invoqué, car il est presque toujours respecté, est appelé le test de rapport rationnel; on détermine si la mesure législative atteint l'objectif visé. Cette question n'est pratiquement jamais posée, mais nous avons ici un cas dans lequel on pourrait sans doute soumettre à ce test la disposition à laquelle vous faites référence. Il y a sans doute d'autres dispositions comme celle-là, qui ne pourraient pas passer le test du rapport rationnel. Je pense que vous avez tout à fait raison de vous en préoccuper.

Vous avez raison en ce qui concerne la première partie de votre question, mais je l'aborde en me demandant: le reste de la disposition atteint-il l'objectif de l'article 2? Je ne nie pas qu'il y ait ici une situation d'urgence, qu'il y ait des personnes qui abusent de notre système, qu'il y ait des tricheurs ni qu'il y ait des risques pour notre sécurité. Le gouvernement a le droit de mettre un frein à tout cela et il veut protéger les véritables réfugiés. Ce que vous voulez dire, c'est que cette mesure législative est formulée de telle sorte qu'elle risque de ne pas atteindre son objectif premier, qui est la protection des véritables réfugiés. Voilà un élément que l'on pourrait soumettre au test du rapport rationnel.

M. Gibson: Mon seul point de désaccord est d'ordre théorique; les conclusions de M. Beatty me semblent justes. Je suis d'avis que les dispositions consacrées à l'objet des modifica-