

A-281-10
2011 FCA 224

A-281-10
2011 CAF 224

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

v.

Rachidi Ekanza Ezokola (Respondent)

INDEXED AS: EZOKOLA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Noël, Nadon and Pelletier JJ.A.
—Montréal, June 9; Ottawa, July 15, 2011.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from Federal Court decision setting aside Immigration and Refugee Board finding that United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) applying to respondent, that respondent therefore not covered by refugee protection provisions — Test for complicity established, applied by Federal Court inconsistent with Federal Court of Appeal’s case law — Applying test too narrowly in requiring personal participation by individual in crimes alleged — “Personal and knowing participation” test adopted by Federal Court of Appeal broader — Criminal responsibility described in Rome Statute of the International Criminal Court not only ascribed in case of “personal participation in crime alleged or personal control over events leading to crime alleged” — “Personal and knowing participation” test established by Federal Court of Appeal in Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) in harmony with Rome Statute — Federal Court’s certified question, as reformulated by Federal Court of Appeal, answered affirmatively: senior official may, by remaining in position without protest, demonstrate “personal and knowing participation” in crimes, be complicit with government in commission thereof — Refugee Board wrong to say that Ramirez establishing “personal and knowing awareness test”, confusing “awareness” with “participation” — While personal knowledge of crimes one of elements required for “personal and knowing participation”, only participation may support finding of complicity — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review by the respondent. The

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration
(appellant)

c.

Rachidi Ekanza Ezokola (intimé)

RÉPERTORIÉ : EZOKOLA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Cour d’appel fédérale, juges Noël, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 9 juin; Ottawa, 15 juillet 2011.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que l’art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés s’appliquait à l’intimé et que celui-ci était donc exclu des dispositions relatives à la protection des réfugiés — Le critère de complicité établi et appliqué par la Cour fédérale allait à l’encontre de la jurisprudence de la Cour d’appel fédérale — La Cour fédérale a appliqué un critère trop restrictif en exigeant que la personne visée ait participé personnellement aux crimes reprochés — Le critère de « participation personnelle et consciente » retenu par la Cour d’appel fédérale est plus large — La responsabilité pénale prévue dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ne se limite pas à la « participation personnelle au crime reproché ou [à] un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » — Le critère de la « participation personnelle et consciente » établi par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) est en harmonie avec le Statut de Rome — La question certifiée par la Cour fédérale, telle qu’elle a été reformulée par la Cour d’appel fédérale, doit recevoir une réponse affirmative : un haut dirigeant, en demeurant en poste sans protêt, peut démontrer sa « participation personnelle et consciente » à ces crimes et se rendre complice de son gouvernement dans leur commission — La Commission a commis une erreur en déclarant que l’arrêt Ramirez établit un « critère de la connaissance personnelle et consciente », et a confondu « connaissance » et « participation » — Alors que la connaissance personnelle des crimes est l’un des éléments requis pour qu’il y ait « participation personnelle et consciente », seule la participation peut soutenir une conclusion de complicité — Appel accueilli.

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle

Federal Court set aside the finding of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division, that Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* applied to the respondent and that he was therefore not covered by the refugee protection provisions. It intervened on the ground that the Board could not have found serious reasons for considering that the respondent had committed crimes against humanity as a result of his diplomatic duties with the Permanent Mission of the Democratic Republic of Congo (DRC) to the United Nations. The Federal Court certified a question of general importance regarding whether a public servant in a government that has committed crimes against humanity may be complicit by association.

The respondent was assigned to the Permanent Mission of the DRC to the United Nations as second counsellor of embassy. The respondent submitted that the events leading up to his claim for refugee status began during the election campaign of the DRC. The DRC's permanent representative to the United Nations was connected with President Joseph Kabila while the respondent supported a change in government. According to the respondent, following President Kabila's election, an atmosphere of hostility set in against him in the Permanent Mission. Shortly thereafter, the respondent resigned from his position since he refused to serve President Kabila's government. He fled with his family to Canada where he claimed refugee protection for himself and his family.

The main issue was whether, for the purposes of exclusion pursuant to Article 1F(a) of the Convention, complicity by association in crimes against humanity can be established by the fact that the refugee claimant was a senior public servant in a government that committed such crimes, was aware of these crimes and remained in his position without denouncing them.

Held, the appeal should be allowed.

The question certified by the Federal Court was problematic since its final lines ("when there is no proof of personal participation, whether direct or indirect, of the refugee claimant in these crimes") assumed that the respondent, by remaining in his position and continuing to defend the regime's interests despite his awareness of the crimes being committed by that regime, could not make himself a direct or indirect participant in those crimes. Furthermore, the certified question should have evoked a possibility of complicity rather than a certainty. Therefore, the question was reformulated to reflect these changes.

The Federal Court was of the view that one cannot be an accomplice without having personally participated in the

judiciaire présentée par l'intimé. La Cour fédérale a cassé la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que l'alinéa 1F(a) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* s'appliquait à l'intimé et qu'il était donc exclu des dispositions relatives à la protection des réfugiés. Elle est intervenue au motif que la Commission ne pouvait conclure à l'existence de raisons sérieuses de penser que l'intimé avait commis des crimes contre l'humanité en raison des fonctions diplomatiques qu'il exerçait à la Mission permanente de la République démocratique du Congo (la RDC) à l'Organisation des Nations Unies. La Cour fédérale a certifié une question d'importance générale quant à la question de savoir si un fonctionnaire d'un gouvernement qui a commis des crimes contre l'humanité peut être complice par association.

L'intimé avait été affecté à la Mission permanente de la RDC auprès des Nations Unies à titre de deuxième conseiller d'ambassade. L'intimé soutenait que les événements ayant mené à sa demande d'asile ont commencé pendant la campagne électorale de la RDC. Le représentant permanent de la RDC aux Nations Unies était lié au président Joseph Kabila alors que l'intimé soutenait un changement de gouvernement. Selon l'intimé, après l'élection du président Kabila, un climat d'hostilité s'est installé à son égard à la Mission permanente. Peu après, l'intimé a démissionné de son poste parce qu'il refusait de servir le gouvernement du président Kabila. Il s'est enfui avec sa famille vers le Canada, où il a demandé l'asile pour lui et sa famille.

La question litigieuse principale était celle de savoir si, aux fins de l'exclusion prévue à l'alinéa 1F(a) de la Convention, la complicité par association à des crimes contre l'humanité peut être établie du fait qu'un demandeur d'asile occupait un poste de haut fonctionnaire auprès d'un gouvernement qui avait commis de tels crimes, avait connaissance de ces crimes et était demeuré en poste sans les dénoncer.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La question certifiée par la Cour fédérale posait problème parce que ses dernières lignes (« lorsqu'il n'y a aucune preuve d'une participation personnelle, directe ou indirecte, du demandeur d'asile dans ces crimes ») reposait sur l'hypothèse que l'intimé ne pouvait avoir fait montre de participation personnelle directe ou indirecte en demeurant en poste et en continuant à défendre les intérêts du régime, malgré sa connaissance acquise des crimes commis par ce régime. Qui plus est, la question certifiée aurait dû évoquer une possibilité de complicité plutôt qu'une finalité. La question a donc été reformulée pour refléter ces modifications.

La Cour fédérale estimait que n'est complice que celui ou celle qui a participé personnellement aux crimes reprochés, qui

crimes alleged, personally conspired to commit them or personally facilitated their commission. The test for complicity established and applied by the Federal Court was inconsistent with the Federal Court of Appeal's case law. It was also useful to recall that there is only one form of complicity. Complicity contemplates a contribution to the commission of a crime. The Federal Court was bound in principle to follow the Federal Court of Appeal's case law on the scope of the concept of complicity regarding crimes against humanity. In light of the Federal Court of Appeal's decisions regarding complicity as it relates to Article 1F(a) of the Convention, the Federal Court applied too narrow a test in requiring personal participation by the individual in the crimes alleged, whether by carrying them out personally or facilitating their commission in the manner described. The "personal and knowing participation" test adopted by the Federal Court of Appeal is broader than that. Moreover, the expression "complicity by association" is fundamentally misleading since it implies that an individual who associates with the perpetrators of international crimes becomes an accomplice to their crimes based on this association alone. Liability is generated not by the association but rather by personal and knowing participation in these crimes. The time has come to drop the term "complicity by association" and henceforth refer to complicity alone.

While the Federal Court correctly stated that Article 1F(a) of the Convention must be interpreted in light of international instruments such as the *Rome Statute of the International Criminal Court*, criminal responsibility described therein is not ascribed only in the case of "personal participation in the crime alleged or personal control over the events leading to the crime alleged". The language of Article 25(3) of the Rome Statute and in particular the expressions "otherwise assists" and "[i]n any other way" in paragraphs (c) and (d) respectively, clearly indicates that criminal responsibility for international crimes falling thereunder is not limited to personal participation in the crime or personal control over the events. This provision is quite broad on its face and goes beyond the test adopted by the Federal Court. The "personal and knowing participation" test established by the Federal Court of Appeal in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* and applied thereby ever since, is in harmony with the Rome Statute.

The Federal Court's reasoning that the distinction section 35 of the *Immigration and Refugee Protection Act* makes regarding the inadmissibility of individuals and of those occupying senior positions must also be made for the purposes of applying Article 1F(a) of the Convention did not take into account the fact that a person falling under Article 1F(a) of the Convention is automatically inadmissible under paragraph 35(1)(a) of the Act.

y a comploté personnellement ou qui en a personnellement facilité l'exécution. Le critère de complicité établi et appliqué par la Cour fédérale allait à l'encontre de celui établi par la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale. Il était aussi utile de rappeler qu'il n'y a qu'une seule forme de complicité. La complicité suppose la contribution à la réalisation d'un crime. En principe, la Cour fédérale devait adhérer à la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale sur la portée du concept de complicité pour crimes contre l'humanité. À la lumière de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale sur la complicité dans le cadre de l'alinéa 1Fa) de la Convention, la Cour fédérale a appliqué un critère trop restrictif en exigeant que la personne visée ait participé personnellement aux crimes reprochés, y ait comploté personnellement ou en ait facilité l'exécution dans le sens exprimé. Le critère de « participation personnelle et consciente » retenu par la Cour d'appel fédérale est plus large que cela. En outre, l'expression « complicité par association » est foncièrement trompeuse parce qu'elle porte à croire que celui ou celle qui s'associe avec les auteurs de crimes internationaux se rend, de par cette seule association, complice de leurs crimes. L'élément générateur de responsabilité n'est pas l'association, mais bien la participation personnelle et consciente à ces crimes. Le moment est venu d'abandonner l'appellation « complicité par association » et de dorénavant parler de complicité, sans plus.

Bien que la Cour fédérale ait affirmé à juste titre que l'alinéa 1Fa) de la Convention doit être interprété à la lumière d'instruments internationaux comme le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, la responsabilité pénale qui y est envisagée ne se limite pas au critère de « participation personnelle au crime reproché ou [à] un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché ». Le libellé de l'article 25(3) du Statut de Rome et en particulier les expressions « toute autre forme d'assistance » et « de toute autre manière » aux alinéas c) et d) respectivement, indique clairement que la responsabilité pénale pour les crimes internationaux tombant sous le Statut de Rome ne se limite pas à la participation personnelle au crime ou au contrôle personnel sur les événements. Cette disposition est à sa face même très large et va au-delà du critère retenu par la Cour fédérale. Le critère de la « participation personnelle et consciente » établi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* et appliqué depuis est en harmonie avec le Statut de Rome.

Le raisonnement de la Cour fédérale selon lequel la distinction opérée par l'article 35 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* quant à l'interdiction de territoire de personnes et de ceux ou celles qui occupent des postes de rang supérieur doit aussi être retenue pour l'application de l'alinéa 1Fa) de la Convention ne tenait pas compte du fait qu'une personne visée par l'alinéa 1Fa) de la Convention est automatiquement interdite de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la Loi.

It was not open to the Federal Court to find that complicity by association must be understood as being a presumption and that it would be unreasonable to apply that presumption on the basis of the respondent's membership in the DRC government. While it is true that membership in an organization pursuing a limited, brutal purpose establishes a presumption of participation in the crimes of that organization, the opposite is true if the organization in question is not pursuing such a purpose, as the Board concluded with respect to the DRC. In this case, no presumption arose from the respondent's membership in the DRC government and the onus was on the appellant to establish his participation in his government's crimes. Therefore, the certified question, as reformulated, was answered in the affirmative. A senior official may, by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes committed by this government, demonstrate "personal and knowing participation" in these crimes and be complicit with the government in their commission.

The Board's reasons regarding the application of the test in this case were troubling. There is a fundamental difference between "personal and knowing awareness" of the crimes committed by the DRC and "personal and knowing participation" in these crimes. The Board erred in stating that *Ramirez* establishes a "personal and knowing awareness test" since this expression appears nowhere in the judgment and seems to confuse "awareness" with "participation". Also, by indicating that "personal and knowing awareness" is "the element required to establish complicity" the Board displayed the same confusion. While personal knowledge of the crimes is one of the elements required for "personal and knowing participation", only participation, so described, may support a finding of complicity. The Board was required to apply the correct test and determine whether the respondent, by remaining in his position while he had knowledge of the crimes committed by his government, personally and knowingly participated in the crimes of his government. The knowledge of these crimes was not determinative on its own. Only the respondent's personal and knowing participation in these crimes could support a finding of complicity for the purposes of Article 1F(a). It was not clear, on reading the Board's decision, whether it applied the correct test.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4–7.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 35, 98.

La Cour fédérale ne pouvait pas conclure que la complicité par association doit être comprise comme étant une présomption et qu'il serait déraisonnable de donner effet à cette présomption en fonction de l'appartenance de l'intimé à l'appareil gouvernemental de la RDC. Autant il est vrai que l'appartenance à une organisation qui vise des fins limitées et brutales emporte une présomption de participation aux crimes de l'organisation, autant le contraire est vrai lorsque l'organisation ne vise pas ces fins, comme l'a conclu la Commission à l'égard de la RDC. En l'occurrence, aucune présomption ne découlait de l'appartenance de l'intimé à l'appareil gouvernemental de la RDC, et il appartenait à l'appelant d'établir sa participation aux crimes de son gouvernement. La question certifiée, telle qu'elle a été reformulée, devait donc recevoir une réponse affirmative. Un haut dirigeant, en demeurant en poste sans protester et en continuant à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu'il a connaissance des crimes commis par ce gouvernement, peut démontrer sa « participation personnelle et consciente » à ces crimes et se rendre complice de son gouvernement dans leur commission.

Les motifs de la Commission quant à l'application du critère en l'espèce étaient troublants. Il y a une différence fondamentale entre la « connaissance personnelle et consciente » des crimes commis par la RDC et la « participation personnelle et consciente » à ces crimes. La Commission a commis une erreur en déclarant que l'arrêt *Ramirez* établit un « critère de la connaissance personnelle et consciente » puisque cette expression ne paraît nulle part dans ce jugement, et semble confondre « connaissance » et « participation ». De même, en indiquant que la « connaissance personnelle et consciente » est « l'élément requis pour qu'il ait complicité », la Commission a démontré la même confusion. Alors que la connaissance personnelle des crimes est l'un des éléments requis pour qu'il y ait « participation personnelle et consciente », seule la participation ainsi décrite peut soutenir une conclusion de complicité. Il incombait à la Commission d'appliquer le bon critère et de déterminer si l'intimé, en demeurant en poste alors qu'il avait connaissance des crimes commis par son gouvernement, a participé personnellement et consciemment aux crimes de son gouvernement. La connaissance de ces crimes n'était pas en soi concluante. Seule la participation personnelle et consciente de l'intimé à ces crimes peut soutenir une conclusion de complicité pour l'application de l'alinéa 1F(a). La question de savoir si la Commission a appliqué le bon critère ne ressortait pas clairement de sa décision.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4 à 7.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 35, 98.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, [2002] Can. T.S. No. 13, Arts. 25, 28, 30.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

CASES CITED

APPLIED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173, 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298, (1993), 107 D.L.R. (4th) 424, 21 Imm. L.R. (2d) 221 (C.A.); *Bazargan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.); *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433, (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 303, 259 D.L.R. (4th) 281, 50 Imm. L.R. (3d) 107, 339 N.R. 201.

CONSIDERED:

Sungu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 1207, [2003] 3 F.C. 192, 230 F.T.R. 67, 26 Imm. L.R. (3d) 242; *Bouasla v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 930; *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 39, 238 F.T.R. 194, 27 Imm. L.R. (3d) 1, 302 N.R. 178.

REFERRED TO:

Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FCA 325, [2004] 1 F.C.R. 3, 232 D.L.R. (4th) 75, 31 Imm. L.R. (3d) 159; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 872, 33 Imm. L.R. (2d) 113, 198 N.R. 219 (C.A.); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646, (1994), 115 D.L.R. (4th) 403, 24 Imm. L.R. (2d) 229 (C.A.); *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66, (2000), 183 D.L.R. (4th) 713, 3 Imm. L.R. (3d) 169 (C.A.); *Aden v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 625, (1993), 23 Imm. L.R. (2d) 50 (T.D.); *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*,

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).
Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13, art. 25, 28, 30.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Bazargan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1996 CanLII 3972 (C.A.F.); *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 303.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Sungu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 1207, [2003] 3 C.F. 192; *Bouasla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 930; *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 39.

DÉCISIONS CITÉES :

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CAF 325, [2004] 1 R.C.F. 3; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 872 (C.A.); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.); *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66 (C.A.); *Aden c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 625 (1^{re} inst.); *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2010 CAF 134; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-*

2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2010 FCA 134, 403 N.R. 355; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046; *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 118, 402 N.R. 154; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, 229 D.L.R. (4th) 235, 32 Imm. L.R. (3d) 1.

AUTHORS CITED

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377) allowing an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board's finding (*X (Re)*, 2009 CanLII 89027) that Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* applied to the respondent. Appeal allowed.

APPEARANCES

Daniel Latulippe for appellant.
Jared Will for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Jared Will, Montréal, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] NOËL J.A.: The Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) is appealing a decision by Mainville J. [2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377], then of the Federal Court (the applications Judge), in which he allowed an application for judicial review filed by Rachidi Ekanza Ezokola (the respondent). The applications Judge set aside the finding of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division [*X (Re)*, 2009 CanLII

tion), 2010 CAF 118; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761.

DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut Commissariat pour les réfugiés. *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4110d7334.html>>.

APPEL à l'encontre de la décision (2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire présentée relativement à la conclusion (*X (Re)*, 2009 CanLII 89027) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que l'alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* s'appliquait à l'intimé. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Daniel Latulippe pour l'appellant.
Jared Will pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Jared Will, Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) interjette appel à l'encontre d'une décision du juge Mainville [2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377], alors juge à la Cour fédérale (le juge des requêtes), par laquelle il a accueilli la demande de contrôle judiciaire déposée par Rachidi Ekanza Ezokola (l'intimé). Le juge des requêtes a cassé la décision de la Commission de l'immigration et du statut

89027] (the panel) that Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention) applied to the respondent and that he was therefore not covered by the refugee protection provisions. He also certified a question of general importance, thereby making this appeal possible.

[2] The applications Judge intervened on the ground that the panel could not have found serious reasons for considering that the respondent had committed crimes against humanity as a result of his diplomatic duties with the Permanent Mission of the Democratic Republic of Congo (DRC) to the United Nations. The applications Judge reached this conclusion on the basis of the test that he adopted for complicity by association, namely, that the individual must have personally participated in the crimes alleged, personally conspired to commit them or personally facilitated the commission of those crimes. Applying this test, he found that the facts relied on by the panel could not have allowed it to ascribe responsibility to the respondent for the crimes alleged (reasons of the applications Judge, paragraph 104), and that the matter should be heard by a different panel in accordance with the test set out in his reasons.

[3] For the following reasons, I am of the view that the appeal should be allowed, as the applications Judge applied a test not found in the law of complicity. Like him however, I have come to the conclusion that the matter should be re-examined by another panel, but for different reasons.

RELEVANT FACTS

[4] In January 1999, the respondent was hired as a financial attaché at the Ministry of Finance and assigned to the Ministry of Labour, Employment and Social Welfare. Between July 1999 and November 2000, the respondent successively occupied the positions of financial attaché and financial adviser at the Ministry of Human Rights. The respondent was then transferred to the Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation as a financial adviser to the Minister's office.

de réfugié, Section de la protection des réfugiés [*X (Re)*, 2009 CanLII 89027] (le tribunal) quant à sa conclusion que l'intimé tombait sous l'effet de l'alinéa 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention) et qu'il était dès lors exclu des dispositions relatives à la protection des réfugiés. Il a par la même occasion certifié une question d'importance générale, permettant ainsi que soit entendu le présent appel.

[2] Le juge des requêtes est intervenu au motif que le tribunal ne pouvait conclure à l'existence de raisons sérieuses de penser que l'intimé avait commis des crimes contre l'humanité dû aux fonctions diplomatiques qu'il exerçait à la Mission permanente de la République démocratique du Congo (la RDC) à l'Organisation des Nations Unies. Le juge des requêtes a tiré cette conclusion se fondant sur le critère qu'il a identifié pour la complicité par association, soit que l'individu doit avoir participé personnellement aux crimes reprochés, y avoir comploté personnellement ou en avoir personnellement facilité l'exécution. Appliquant ce critère, il a conclu que les faits retenus par le tribunal ne permettaient pas d'imputer une responsabilité à l'intimé à l'égard des crimes reprochés (motifs du juge des requêtes, paragraphe 104), et que l'affaire devrait être réexaminée par un autre tribunal à la lumière du critère qui se dégage de ses motifs.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel doit être accueilli, le juge des requêtes ayant appliqué un critère qui est exorbitant du droit en matière de complicité. Comme lui cependant, je suis d'avis que l'affaire devrait être réexaminée par un autre tribunal, mais pour des motifs différents de ceux qu'il a retenus.

FAITS PERTINENTS

[4] En janvier 1999, l'intimé a été embauché comme attaché financier au ministère des Finances et affecté au ministère du Travail et de la Prévoyance sociale. Entre juillet 1999 et novembre 2000, l'intimé a successivement occupé les postes d'attaché financier et de conseiller financier au ministère des Droits humains. Par la suite, l'intimé a été conseiller financier auprès du cabinet du ministre au ministère des Affaires étrangères et de la Coopération internationale.

[5] In June 2003, following the elimination of the Minister's office where he worked, the respondent joined the administration as office manager in the Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation. However, it seems that the respondent did not work much at the time because he was sick (reasons of the panel, paragraph 25).

[6] In July 2004, the respondent was assigned to the Permanent Mission of the DRC to the United Nations as second counsellor of embassy. The respondent's duties consisted, among other things, of representing the DRC at the Second Committee (Economic and Financial Committee) and the Fifth Committee (Administrative and Budgetary Committee) of the United Nations. The respondent also represented the DRC at the United Nations Economic and Social Council, as well as acting as a focal point for least developed countries (LDCs). In that capacity, the respondent represented the DRC at the LDC Expert Meeting in Ethiopia and the LDC Ministerial Conference in Benin. The respondent acted as a liaison between the Permanent Mission of the DRC and various United Nations development agencies (reasons of the panel, paragraphs 26 and 27).

[7] While on assignment to the United Nations, the respondent led the Permanent Mission of the DRC as acting chargé d'affaires from February 11 to 19, 2007, and from June 16 to 30, 2007. During one of these periods, he spoke before the Security Council regarding natural resources and conflicts in the DRC (reasons of the panel, paragraph 5).

[8] The respondent submits that the events leading up to his claim for refugee status began during the campaign for the election of the President of the DRC. The DRC's permanent representative to the United Nations was connected with President Joseph Kabila, who was a candidate, while the respondent supported a change in government. The opposition candidate was Jean-Pierre Bemba of the Mouvement de libération du Congo. According to the respondent, the transfer order assigning him to the Permanent Mission of the DRC to the United

[5] En juin 2003, suite à la dissolution du cabinet ministériel où il travaillait, l'intimé a intégré l'administration à titre de chef de bureau au ministère des Affaires étrangères et de la Coopération internationale. Toutefois, il semble que l'intimé n'ait pas beaucoup travaillé à cette époque, étant malade (motifs du tribunal, paragraphe 25).

[6] En juillet 2004, l'intimé a été affecté à la Mission permanente de la RDC auprès des Nations Unies à titre de deuxième conseiller d'ambassade. Les tâches de l'intimé consistaient, entre autres, à représenter la RDC à la Deuxième Commission (Commission économique et financière) et à la Cinquième Commission (Commission des questions administratives et budgétaires) des Nations Unies. L'intimé était également chargé de représenter la RDC au Conseil économique et social des Nations Unies, en plus d'être le point focal pour les pays les moins avancés (PMA). À ce titre, l'intimé a représenté la RDC à la réunion d'experts des PMA tenue en Éthiopie et à la conférence ministérielle des PMA au Bénin. L'intimé assurait aussi la liaison entre la Mission permanente de la RDC et les diverses agences des Nations Unies chargées des questions de développement (motifs du tribunal, paragraphes 26 et 27).

[7] Durant son affectation aux Nations Unies, l'intimé a également eu à diriger la Mission permanente de la RDC en sa qualité de chargé d'affaires par intérim pour les périodes du 11 au 19 février 2007 et du 16 au 30 juin 2007. Pendant l'une de ces périodes, il a donné une allocution devant le Conseil de sécurité portant sur les ressources naturelles et les conflits en RDC (motifs du tribunal, paragraphe 5).

[8] L'intimé soutient que les événements ayant mené à sa demande d'asile ont commencé lors de la campagne électorale pour la présidence de la RDC. Le représentant permanent de la RDC aux Nations Unies était lié au parti du président Joseph Kabila, qui était candidat, alors que l'intimé soutenait un changement de gouvernement. Le candidat de l'opposition était Jean-Pierre Bemba du Mouvement de libération du Congo. Selon l'intimé, l'ordre de mutation l'assignant à la Mission permanente de la RDC aux Nations Unies a été signé par le ministre des

Nations had been signed by the Minister of Foreign Affairs, a position held at the time within the Congolese transitional government by a member of the Mouvement de libération du Congo (reasons of the applications Judge, paragraphs 11 and 12).

[9] The respondent submits that following President Kabila's election, an atmosphere of hostility set in against him in the Permanent Mission. His membership in the Bangala ethnic group made him suspect in the eyes of supporters of President Kabila, given the connection that ethnic group had with Mr. Bemba (reasons of the applications Judge, paragraph 14). In September 2007, the respondent was questioned by two DRC intelligence agents about Mr. Bemba's presence in New York. According to the respondent, the intelligence agents threatened and followed him (reasons of the applications Judge, paragraph 15). On January 4, 2008, the respondent and the ambassador had a [TRANSLATION] "heated discussion" about the organization of the conference on peace, security and development in the provinces of North-Kivu and South-Kivu (reasons of the panel, paragraph 13).

[10] On January 11, 2008, the respondent signed a letter of resignation, which he mailed a few days later. The respondent attributes his resignation to his refusal to serve the corrupt, anti-democratic and violent government of President Kabila and alleges that it would be interpreted as an act of treason by the DRC government (reasons of the applications Judge, paragraph 17). Following his resignation, he fled with his family to Canada. They arrived in Canada on January 17, 2008. The respondent claimed refugee protection for himself, his wife and their eight children.

LEGISLATION

[11] Section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), states that a person referred to in Article 1F(a) of the Convention is not considered a refugee or a person in need of protection and, therefore, cannot benefit from the protection offered by the Convention and the IRPA:

Affaires étrangères, poste qui était alors détenu au sein du gouvernement de transition congolais par un membre du Mouvement de libération du Congo (motifs du juge des requêtes, paragraphes 11 et 12).

[9] Suite à l'élection du président Kabila, l'intimé soutient qu'un climat d'hostilité s'est installé à son égard à la Mission permanente. Son appartenance à l'ethnie bangala l'aurait rendu suspect aux yeux des partisans du président Kabila, vu les liens entre cette ethnie et M. Bemba (motifs du juge des requêtes, paragraphe 14). En septembre 2007, l'intimé a été interrogé par deux agents de renseignement de la RDC sur la présence de M. Bemba à New York. Selon l'intimé, les agents de renseignement l'ont menacé et l'ont pris en filature (motifs du juge des requêtes, paragraphe 15). Le 4 janvier 2008, l'intimé et l'ambassadeur ont eu une « chaude discussion » sur l'organisation de la conférence sur la paix, la sécurité et le développement dans les provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu (motifs du tribunal, paragraphe 13).

[10] Le 11 janvier 2008, l'intimé a signé une lettre de démission qu'il a postée quelques jours plus tard. L'intimé soutient que sa démission est attribuable à son refus de servir le gouvernement corrompu, anti-démocratique et violent du président Kabila et qu'elle serait considérée comme un acte de trahison par le gouvernement de la RDC (motifs du juge des requêtes, paragraphe 17). Suite à sa démission, l'intimé a pris la fuite avec sa famille vers le Canada. Ils sont arrivés au Canada le 17 janvier 2008. L'intimé a fait une demande d'asile pour lui, son épouse et leurs huit enfants.

LÉGISLATION

[11] L'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), édicte que la personne visée à l'alinéa 1Fa) de la Convention n'est pas considérée comme un réfugié ou une personne à protéger et ne peut, par conséquent, faire l'objet des protections offertes par la Convention et la LIPR :

Exclusion —
Refugee
Convention

98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

[12] Article 1F(a) of the Convention, set out in the Schedule to the IRPA, reads as follows:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

DECISION OF THE PANEL

[13] The panel rejected the respondent's claim for refugee protection because it believed that there were serious reasons for considering that he had been complicit in crimes against humanity, and he was therefore a person referred to in Article 1F(a) of the Convention and not entitled to the protection offered by the Convention to refugees and persons in need of protection.

[14] The panel divided its analysis into two parts. First, it considered whether the government of the DRC had committed crimes against humanity. The panel concluded that the acts committed by the DRC government constituted crimes against humanity, as defined by the *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, [2002] Can. T.S. No. 13 (Rome Statute) and by the decisions in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 325, [2004] 1 F.C.R. 3; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 872 (C.A.) (*Sivakumar II*); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.); and *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66 (C.A.) (*Sumaida*). The panel also determined that the government of the DRC was not an organization pursuing a limited, brutal purpose (reasons of the panel, at paragraphs 31 and 43).

98. La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[12] L'alinéa 1F(a) de la Convention, joint en annexe à la LIPR, se lit comme suit:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

DÉCISION DU TRIBUNAL

[13] Le tribunal a rejeté la demande d'asile de l'intimé au motif qu'il existait des motifs sérieux de croire qu'il s'était fait complice de crimes contre l'humanité et qu'il était par conséquent visé par l'effet de l'alinéa 1F(a) de la Convention, et exclu de la protection offerte par la Convention aux réfugiés et aux personnes à protéger.

[14] Le tribunal a divisé son analyse en deux parties. Dans la première, il s'est demandé si le gouvernement de la RDC avait commis des crimes contre l'humanité. Le tribunal est parvenu à la conclusion que les actes du gouvernement de la RDC tombaient sous la définition de crime contre l'humanité, tel que défini par le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13 (Statut de Rome) et par les arrêts *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 325, [2004] 1 R.C.F. 3; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 872 (C.A.) (*Sivakumar II*); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.); et *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66 (C.A.) (*Sumaida*). Le tribunal a également déterminé que le gouvernement de la RDC ne constituait pas une organisation ayant des fins limitées et brutales (motifs du tribunal, paragraphes 31 et 43).

Exclusion par
application de
la Convention
sur les réfugiés

[15] In the second part of its analysis, the panel considered whether the applicant was complicit in the acts committed by the government of the DRC. Relying on the decisions of this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.) (*Ramirez*); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.) (*Moreno*); and *Sivakumar II* and on certain decisions of the Federal Court, the panel noted that for the purposes of Article 1F(a) of the Convention, complicity requires knowledge that acts are being committed and the failure to take steps to prevent them or to disassociate oneself from the group.

[16] Despite the respondent's claims to the contrary, the panel concluded that he was aware of the violent acts committed by his government, noting in particular that he held "a very high-level position" and that he represented his country abroad (reasons of the panel, paragraphs 50 and 51). The panel also stated that his "meteoric career and his strategic position at the [Permanent Mission of the DRC] in [New York], as well as the fact that his resignation was considered an act of treason, are evidence of a shared vision in accomplishing his government's objectives" and found that "he was aware of the events and had a shared common purpose, which can be deduced from his voluntary association with the Congolese authorities and is sufficient to find him complicit by association" [footnotes omitted] (reasons of the panel, paragraphs 67 and 69).

[17] The panel recognized that the respondent did not personally commit violent acts against civilians and did not point to any instances in which the respondent, in the exercise of his duties, made statements for the purpose of camouflaging or minimizing his government's crimes. It found, however, that given the importance of the respondent's diplomatic duties, it was sufficient that he knowingly enabled his government to perpetuate itself while doing nothing to disassociate himself (reasons of the panel, paragraph 75).

DECISION OF THE APPLICATIONS JUDGE

[18] The applications Judge begins by accepting the panel's finding that, during the period that he held his

[15] Dans la deuxième partie de son analyse, le tribunal s'est demandé si l'intimé était complice des actes commis par le gouvernement de la RDC. S'appuyant sur la jurisprudence de cette Cour dans les arrêts *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.) (*Ramirez*); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.) (*Moreno*); et *Sivakumar II* et sur certaines décisions de la Cour fédérale, le tribunal a souligné que la complicité pour les fins de l'alinéa 1Fa) de la Convention s'établit par la connaissance des actes accomplis et par l'absence de mesures prises pour les empêcher ou s'en dissocier.

[16] Malgré les prétentions contraires de l'intimé, le tribunal a conclu qu'il avait une connaissance des exactions commises par son gouvernement, retenant en particulier le fait qu'il occupait un poste de « très haut niveau » et qu'il représentait son pays à l'étranger (motifs du tribunal, paragraphes 50 et 51). Le tribunal affirme également que « la carrière fulgurante [de l'intimé] et son poste stratégique à la [Mission permanente] de [la RDC à New York] au point où sa démission est considérée comme un acte de trahison sont la preuve d'une vision commune dans l'accomplissement des objectifs de son gouvernement » et que « la connaissance et l'intention commune qui en est déduite de l'association volontaire de [l'intimé] aux autorités congolaises sont suffisantes pour conclure à la complicité par association » [notes de bas de page omises] (motifs du tribunal, paragraphes 67 et 69).

[17] Le tribunal reconnaît que l'intimé n'a pas personnellement commis d'exactions contre des civils et n'identifie aucune instance où l'intimé aurait fait des représentations dans le cadre des fonctions qu'il exerçait visant à camoufler ou atténuer les crimes de son gouvernement. Il conclut cependant que compte tenu de l'importance des fonctions diplomatiques exercées par l'intimé, le fait de perpétuer la pérennité de son gouvernement en toute connaissance de cause sans s'en dissocier suffit (motifs du tribunal, paragraphe 75).

DÉCISION DU JUGE DES REQUÊTES

[18] Le juge des requêtes reconnaît d'emblée la conclusion du tribunal selon laquelle l'intimé, alors qu'il était en

position, the respondent had personal knowledge of the crimes against humanity committed by the Congolese government (reasons of the applications Judge, paragraph 50). He notes, however, that according to the panel's analysis, the respondent did not participate physically or directly in these acts.

[19] The applications Judge opens his analysis by distinguishing two types of complicity (paragraph 60):

There are two components in the concept of complicity in crimes against humanity in Canadian jurisprudence: complicity in the traditional sense of Canadian criminal law, and complicity by association. Here, only complicity by association is in issue. Is this truly a particular mode of complicity, and what elements must be present to establish complicity by association? These are the questions that must be addressed.

[20] He continues his analysis by reviewing this Court's decisions on complicity by association. Citing *Ramirez*, he notes that there can be no complicity "without personal and knowing participation" (reasons of the applications Judge, paragraph 62). He also notes, relying on *Moreno*, that mere membership in an organization involved in international offences is not a sufficient basis on which to invoke Article 1F(a) of the Convention (paragraph 64). The applications Judge also notes that in *Bazargan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.) (*Bazargan*), Décarý J.A. stated that it is contributing to the activities of the group, rather than membership in the group, that establishes complicity by association (paragraph 66).

[21] The applications Judge then expresses his view that the exclusion clause in Article 1F(a) does not apply because "there must be a personal nexus between the refugee claimant and the crimes alleged, and no such nexus was established in respect of the [respondent]" (reasons of the applications Judge, paragraph 70). In reaching this conclusion, the applications Judge relies on certain decisions of the Federal Court, comments by the United Nations High Commissioner for Refugees, the Rome Statute and foreign cases (paragraphs 71–82).

poste, avait connaissance personnelle des crimes contre l'humanité commis par le gouvernement congolais (motifs du juge des requêtes, paragraphe 50). Il souligne cependant que selon l'analyse du tribunal, l'intimé n'avait pas participé physiquement ou directement à ces actes.

[19] Le juge des requêtes débute son analyse en distinguant deux formes de complicité (paragraphe 60) :

Le concept de la complicité à l'égard des crimes contre l'humanité comporte deux volets dans la jurisprudence canadienne : la complicité au sens traditionnel du droit pénal canadien, et la complicité par association. Ici, seule la complicité par association est en cause. S'agit-il vraiment d'une modalité particulière de la complicité, et quels sont les éléments requis pour établir la complicité par association? Voilà les questions qui doivent être traitées.

[20] Il poursuit son analyse en passant en revue les décisions de cette Cour portant sur la complicité par association. Il note, citant l'arrêt *Ramirez*, qu'il ne peut y avoir complicité « sans qu'il n'y ait eu un certain degré de participation personnelle et consciente » (motifs du juge des requêtes, paragraphe 62). Il souligne également, se fondant sur l'arrêt *Moreno*, que la simple appartenance à une organisation qui perpète des crimes internationaux n'est pas suffisante en soi pour invoquer l'alinéa 1F(a) de la Convention (paragraphe 64). Le juge des requêtes note aussi que dans l'arrêt *Bazargan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1996 CanLII 3972 (C.A.F.) (*Bazargan*), le juge Décarý précisait que c'est le fait de contribuer aux activités du groupe plutôt que l'appartenance au groupe qui permet d'établir la complicité par association (paragraphe 66).

[21] Le juge des requêtes se dit par la suite d'avis que l'exclusion de l'alinéa 1F(a) ne s'applique pas puisqu'il doit « exister un lien personnel entre le demandeur d'asile et les crimes reprochés, lien qui n'a pas été établi à l'égard [de l'intimé] » (motifs du juge des requêtes, paragraphe 70). Pour en arriver à cette conclusion, le juge des requêtes se fonde sur certaines décisions de la Cour fédérale, sur les commentaires du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, sur le Statut de Rome et sur la jurisprudence étrangère (paragraphes 71 à 82).

[22] The applications Judge notes that the existence of a personal nexus between the refugee protection claimant and the crimes alleged as a necessary condition for exclusion is the approach adopted in cases issued by the Federal Court (*Aden v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 625 (T.D.) (*Aden*); *Sungu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1207, [2003] 3 F.C. 192 (*Sungu*); and *Bouasla v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 930 (*Bouasla*)). This is also the approach adopted by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, according to its *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* [HCR/GIP/03/05, 4 September 2003]. The decision of the Supreme Court of the United Kingdom in *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15 (*Sri Lanka*), seems to adopt a similar stance.

[23] Furthermore, the applications Judge's reading of articles 25, 28 and 30 of the Rome Statute indicates that "criminal responsibility for crimes against humanity requires personal participation in the crime alleged or personal control over the events leading to the crime alleged" (reasons of the applications Judge, paragraph 86). He adds that "the concepts of individual criminal responsibility and effective control over other persons and the mental element described in the Rome Statute may and must be used to elucidate what the Canadian case law refers to as complicity by association for the purposes of Article 1F(a)" (paragraph 89).

[24] The applications Judge concludes with the following statement (paragraph 90):

... complicity by association must be understood as being a presumption that is based on a set of facts from which it can be concluded that there are serious reasons for considering that the refugee claimant personally participated in the crimes alleged, personally conspired to commit them, or personally facilitated the commission of those crimes.

[25] Applying this approach, the applications Judge expresses the principle that merely working in the public service of a state whose government commits crimes against humanity is not sufficient; there must be a "personal nexus" between the refugee protection claimant

[22] Le juge des requêtes souligne que l'existence d'un lien personnel entre le demandeur d'asile et les crimes reprochés comme condition préalable à l'exclusion est l'approche préconisée par la jurisprudence émanant de la Cour fédérale (*Aden c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 625 (1^{re} inst.) (*Aden*); *Sungu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1207, [2003] 3 C.F. 192 (*Sungu*); et *Bouasla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 930 (*Bouasla*)). Cette approche est également celle du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés telle qu'en fait foi sa *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* [HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003]. La décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15 (*Sri Lanka*), irait aussi dans le même sens.

[23] De plus, la lecture que fait le juge des requêtes des articles 25, 28 et 30 du Statut de Rome indique que « la responsabilité pénale pour les crimes contre l'humanité requiert une participation personnelle au crime reproché ou un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » (motifs du juge des requêtes, paragraphe 86). Il ajoute que « les notions de responsabilité pénale individuelle et de contrôle effectif sur autrui et l'élément psychologique décrits dans le Statut de Rome peuvent et doivent servir à éclairer ce que la jurisprudence canadienne désigne comme la complicité par association aux fins de l'alinéa 1Fa » (paragraphe 89).

[24] Le juge des requêtes conclut en affirmant que (paragraphe 90) :

[...] la complicité par association doit être comprise comme étant une présomption qui repose sur un ensemble de faits permettant de conclure qu'il y a des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile a participé personnellement aux crimes reprochés, y a comploté personnellement, ou en a personnellement facilité l'exécution.

[25] Donnant effet à cette approche, le juge des requêtes énonce le principe selon lequel travailler dans la fonction publique d'un État dont le gouvernement commet des crimes contre l'humanité n'est pas suffisant en soi, il faut un « lien personnel » entre le demandeur d'asile et les

and the crimes alleged (reasons of the applications Judge, paragraph 92). According to the applications Judge, this conclusion is supported by section 35 of the IRPA, which distinguishes between an individual who has committed a crime against humanity and a senior officer in the service of a government that has committed such crimes (paragraphs 97–100). He adds that there is “no evidence that tends to show direct or indirect personal participation by the [respondent] in the crimes alleged, and there is no evidence of incitement or active support by the [respondent] for those crimes” (paragraphs 104–107).

[26] The applications Judge therefore concludes that the panel applied the wrong test for complicity by association. The formal judgment giving effect to this finding reads as follows:

1. The application for judicial review is allowed;
2. The decision of the panel is set aside as it relates to the conclusion that the [respondent] is excluded by operation of Article 1F(a);
3. The matter is referred back to the Immigration and Refugee Board to be heard by a different panel of the Refugee Protection Division, which will determine it *de novo* in accordance with the provisions of this judgment.

[27] After informing the parties of his decision, the applications Judge invited them to propose a serious question of general importance. The Minister proposed the following question:

[TRANSLATION] Does a public servant or diplomat of a country that has committed crimes against humanity, who had knowledge of his country’s crimes, who voluntarily associated with that country and who did not disassociate himself at the first opportunity, for no valid reason, possess the required shared intention to be excluded, as an accomplice, from the application of the definition of “refugee” within the meaning of Article 1F of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees?

[28] The applications Judge chose to reformulate the question:

For the purposes of exclusion pursuant to paragraph 1Fa) of the United Nations Refugee Convention, is there complicity by association in crimes against humanity from the fact that

crimes reprochés (motifs du juge des requêtes, paragraphe 92). Selon le juge des requêtes, l’article 35 de la LIPR, qui fait une distinction entre les personnes qui ont commis un crime contre l’humanité et les hauts placés d’un gouvernement qui a commis de tels crimes, supporte cette conclusion (paragraphes 97 à 100). Il ajoute qu’il n’y a « aucun élément de preuve tendant à démontrer une participation personnelle directe ou indirecte [de l’intimé] dans les crimes reprochés, et il y a absence de toute preuve d’encouragement ou de soutien actif [de l’intimé] à l’égard de ces crimes » (paragraphes 104 à 107).

[26] Le juge des requêtes en vient donc à la conclusion que le tribunal a appliqué le mauvais critère de complicité par association. Le jugement formel donnant effet à cette conclusion se lit comme suit :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie;
2. La décision du tribunal est cassée quant à sa conclusion que [l’intimé] est exclu par l’effet de l’alinéa 1Fa);
3. Le dossier est renvoyé à la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour en saisir un autre tribunal de la Section de la protection des réfugiés, qui devra l’examiner à nouveau conformément aux dispositions du présent jugement.

[27] Après avoir communiqué sa décision aux parties, le juge des requêtes les a invitées à proposer une question grave et de portée générale. Le ministre a proposé la question suivante :

Un fonctionnaire ou un membre du corps diplomatique d’un pays qui a commis des crimes contre l’humanité, qui a connaissance des crimes de son pays, qui s’est associé volontairement à ce pays et qui ne s’en dissocie pas à la première occasion sans raison valable, a-t-il l’intention commune requise pour être exclu, à titre de complice, de l’application de la définition de « réfugié » au sens du paragraphe a) de la section F de l’article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés?

[28] Le juge des requêtes a choisi de poser la question différemment :

Aux fins de l’exclusion prévue au paragraphe 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, y a-t-il complicité par association à des crimes contre l’humanité

the refugee claimant was a public servant in a government that committed such crimes, along with the fact that the refugee claimant was aware of these crimes and did not denounce them, when there is no proof of personal participation, whether direct or indirect, of the refugee claimant in these crimes?

MINISTER'S POSITION

[29] The Minister submits first that the certified question is incorrectly formulated, since it implies an absence of personal and knowing participation by the respondent in the crimes committed by the DRC government. According to the Minister, the diplomatic duties exercised by the respondent while he had knowledge of the violent acts committed by his government constituted personal participation that made him an accomplice to the crimes alleged (Minister's memorandum, paragraph 41).

[30] Secondly, the Minister submits that the applications Judge erred in law in finding that a refugee protection claimant must have effective control over those who commit crimes against humanity in order to be excluded from the provisions of the Convention on the basis of complicity by association under Article 1F(a). The Minister argues that the test established by the applications Judge, namely, "personal participation in the crime alleged" and "personal control over the events leading to the crime alleged", or that the refugee protection claimant "personally participated in the crimes alleged, personally conspired to commit them, or personally facilitated the commission of those crimes", reflects an overly rigid approach to the *mens rea* required to establish complicity by association (reasons of the applications Judge, paragraph 70).

[31] The Minister instead submits, in light of the jurisprudence of this Court, that complicity by association requires the existence of a shared common purpose and knowledge of the crimes committed by the organization of which the refugee protection claimant is a member. The failure to take measures to prevent the organization's crimes and the failure to disassociate from them at the first opportunity are key elements in establishing complicity by association (reasons of the applications Judge, paragraph 54).

du fait qu'un demandeur d'asile occupait un poste de fonctionnaire d'un gouvernement qui a commis de tels crimes, joint au fait que le demandeur d'asile avait connaissance de ces crimes et ne les a pas dénoncés, lorsqu'il n'y a aucune preuve d'une participation personnelle, directe ou indirecte, du demandeur d'asile dans ces crimes?

POSITION DU MINISTRE

[29] Le ministre soumet dans un premier temps que la question ainsi certifiée est mal formulée car elle sous-entend une absence de participation personnelle et consciente de la part de l'intimé dans les crimes commis par le gouvernement de la RDC. Selon le ministre, les fonctions diplomatiques qu'exerçaient l'intimé alors qu'il avait connaissances des exactions commises par son gouvernement constituent une participation personnelle qui le rend complice des crimes reprochés (mémoire du ministre, paragraphe 41).

[30] Dans un deuxième temps, le ministre soumet que le juge des requêtes a erré en droit en concluant qu'un demandeur d'asile doit exercer un contrôle effectif sur ceux qui commettent des crimes contre l'humanité pour être exclu des dispositions de la Convention pour complicité par association au sens de l'alinéa 1F(a). Le ministre soutient que les critères énoncés par le juge des requêtes, à savoir la « participation personnelle au crime reproché » et le « contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » ou encore que le demandeur d'asile ait « participé personnellement aux crimes reprochés, y ait comploté personnellement ou en ait personnellement facilité l'exécution », reflètent une approche trop restrictive quant à la *mens rea* requise pour conclure à la complicité par association (motifs du juge des requêtes, paragraphe 70).

[31] Le ministre soutient plutôt, à la lumière de la jurisprudence de cette Cour, que la complicité par association exige la présence d'une intention commune et la connaissance des crimes commis par l'organisation à laquelle le demandeur d'asile est membre. Le fait de ne pas prendre de mesures pour empêcher les crimes de l'organisation et le défaut de s'en dissocier à la première occasion constituent des éléments clés dans la détermination de la complicité par association (motifs du juge des requêtes, paragraphe 54).

[32] The Minister also submits that the jurisprudence of this Court reflects the approach adopted by the Supreme Court of the United Kingdom in *Sri Lanka*, cited by the applications Judge, and by the Supreme Court of New Zealand in *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107.

[33] Thirdly, the Minister argues that the applications Judge erred in his appreciation of the panel's factual findings on the importance of the duties exercised by the respondent within the DRC government. The Minister notes that although he had knowledge of the violent acts committed by his government, the respondent spoke before the Security Council, represented his country on two United Nations Committees and was given the role of chargé d'affaires in the ambassador's absence. The Minister argues that the applications Judge failed to consider, or, at the very least, minimized, the scope of the panel's factual findings regarding the respondent's duties, particularly the fact that he was representing his country while he had knowledge of the crimes against humanity committed by his government (reasons of the applications Judge, paragraph 80). The Minister submits that the respondent was not a mere public servant.

RESPONDENT'S POSITION

[34] The respondent submits that the applications Judge correctly interpreted and applied Article 1F(a) of the Convention. He argues that [TRANSLATION] "a senior official of the state *may* be excluded from the definition of a refugee under Article 1F(a) of the [Convention] if he was an accomplice to the crimes committed by the state of which he is a member. However, one must look at all of the facts of a case to establish a connection between his actions and the commission of the crimes" (respondent's memorandum, paragraph 1).

[35] The respondent submits that the applications Judge's interpretation is consistent with the jurisprudence of the Supreme Court of Canada, this Court and the Federal Court. The respondent also submits that Article 1F(a) of the Convention must be interpreted in light of the Rome Statute, and that, accordingly, the applications Judge was correct in relying on it. The respondent submits

[32] Le ministre soumet également que la jurisprudence de cette Cour reflète l'approche adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Sri Lanka*, cité par le juge des requêtes, et par la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande dans l'arrêt *Attorney General v. Tamil X*, [2010] NZSC 107.

[33] Dans un troisième temps, le ministre soutient que le juge des requêtes a erré dans son appréciation des conclusions factuelles du tribunal portant sur l'importance des fonctions exercées par l'intimé au sein du gouvernement de la RDC. Le ministre souligne que, bien que connaissant les exactions commises par son gouvernement, l'intimé a pris la parole au Conseil de sécurité, a représenté son pays devant deux commissions des Nations Unies et s'est vu confié le rôle de chargé d'affaires en l'absence de l'ambassadeur. Le ministre soumet que le juge des requêtes a omis de considérer ou a, à tout le moins, minimisé la portée des conclusions factuelles du tribunal concernant les fonctions qu'exerçait l'intimé, notamment quant au fait que celui-ci représentait son pays tout en connaissant les crimes contre l'humanité commis par son gouvernement (motifs du juge des requêtes, paragraphe 80). Le ministre soutient que l'intimé n'était pas un simple fonctionnaire.

POSITION DE L'INTIMÉ

[34] L'intimé soumet que le juge des requêtes a correctement interprété et appliqué l'alinéa 1Fa) de la Convention. Il soutient qu'un « haut fonctionnaire d'État *peut* être exclu de la définition d'un réfugié en vertu de l'article 1Fa) de la [Convention] du fait de s'être rendu complice aux crimes commis par l'État dont il est membre. Cependant, il s'agit d'étudier l'ensemble des faits propres au dossier afin d'établir un lien entre ses gestes et la commission des crimes » (mémoire de l'intimé, paragraphe 1).

[35] L'intimé soumet que l'interprétation du juge des requêtes est conforme à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, de cette Cour et de la Cour fédérale. L'intimé soutient de plus que l'interprétation de l'alinéa 1Fa) de la Convention doit se faire à la lumière du Statut de Rome et que, par conséquent, le juge des requêtes était en droit de s'y référer. L'intimé soumet également

that any cases decided prior to the adoption of the Rome Statute, or that do not take it into consideration, should be relied upon with caution. The respondent also submits that the applications Judge's interpretation is consistent with that of the courts of the United Kingdom, Australia, New Zealand and France.

[36] Contrary to the argument submitted by the Minister, the respondent claims that the applications Judge did not minimize his role within the DRC government. According to the respondent, the applications Judge simply concluded that the emphasis belonged on the nexus between the crimes committed and the individual in question rather than on the rank occupied by that person within the organization.

[37] During his submissions, counsel for the respondent raised for the first time the argument that the appeal could not be allowed regardless. In his view, the panel found that there had been complicity by association based on the respondent's "personal and knowing awareness" of his government's crimes, without asking itself whether the evidence established his "personal and knowing participation" in these crimes.

ANALYSIS

The standard of review

[38] In the case of an appeal of a decision dealing with an application for judicial review, the Court must determine whether the applications judge correctly identified and applied the proper standard of review (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, paragraph 43; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2010 FCA 134, 403 N.R. 355, paragraph 3; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, paragraph 18).

[39] The fundamental issue identified by the applications Judge is the scope of the concept of complicity by association for the purposes of applying Article 1F(a) of the Convention. As he indicates, this is a question of law subject to the standard of correctness. Once the test has been properly identified, the issue of whether the facts in this case trigger the application of Article 1F(a)

que la jurisprudence antérieure à l'adoption du Statut de Rome, ou celle qui n'en tient pas compte, doit être traitée avec circonspection. L'intimé soutient aussi que l'interprétation adoptée par le juge des requêtes est conforme à celle des tribunaux du Royaume-Uni, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de la France.

[36] Contrairement à ce qu'affirme le ministre, l'intimé soutient que le juge des requêtes n'a pas minimisé son rôle au sein du gouvernement de la RDC. Selon l'intimé, le juge des requêtes a tout simplement conclu que l'accent devait être mis sur le lien entre les crimes commis et la personne en cause, et non sur le rang occupé par cette personne au sein de l'organisation.

[37] Au cours de sa plaidoirie, l'avocat de l'intimé a soulevé pour la première fois l'argument selon lequel l'appel ne peut de toute façon être accueilli. Selon lui, le tribunal aurait tiré sa conclusion de complicité par association en fonction de la « connaissance personnelle et consciente » par l'intimé des crimes de son gouvernement sans se demander si la preuve établissait sa « participation personnelle et consciente » à ces crimes.

ANALYSE

La norme de contrôle

[38] Dans le cadre d'un appel d'une décision disposant d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour doit déterminer si le juge des requêtes a identifié correctement la norme de contrôle appropriée et s'il l'a appliquée correctement (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, paragraphe 43; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2010 CAF 134, paragraphe 3; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, paragraphe 18).

[39] La question fondamentale identifiée par le juge des requêtes est la portée de la notion de complicité par association aux fins de l'application de l'alinéa 1Fa) de la Convention. Comme il l'indique, il s'agit là d'une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte. Une fois le critère bien cerné, la question à savoir si les faits en l'espèce enclenchent l'application

is a question of mixed fact and law with respect to which the panel is entitled to deference (*Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 118, 402 N.R. 154, paragraph 11).

The certified question

[40] Before embarking on the analysis, I must comment on the question certified by the applications Judge, which I restate once again with emphasis on the last lines:

For the purposes of exclusion pursuant to paragraph 1Fa) of the United Nations Refugee Convention, is there complicity by association in crimes against humanity from the fact that the refugee claimant was a public servant in a government that committed such crimes, along with the fact that the refugee claimant was aware of these crimes and did not denounce them, when there is no proof of personal participation, whether direct or indirect, of the refugee claimant in these crimes? [Emphasis added.]

[41] Those final lines are problematic, since they assume that the respondent, by remaining in his position and continuing to defend the regime's interests despite his awareness of the crimes being committed by that regime, could not make himself a direct or indirect participant in those crimes. That, however, is the very issue which is at the heart of this dispute.

[42] The question must also take into account the importance that the panel attributes to the position held by the respondent within the government (reasons of the panel, paragraph 50), which is not called into question by the applications Judge (reasons of the applications Judge, paragraph 69) as well as the fact that the respondent remained in his position notwithstanding his knowledge of the crimes committed by his government.

[43] Finally, the question should evoke a possibility rather than a certainty. As Linden J.A. explained in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.) (*Sivakumar I*) (page 442):

... association with a person or organization responsible for international crimes may constitute complicity if there is personal and knowing participation or toleration of the crimes.

de l'alinéa 1Fa) est une question mixte de droit et de faits de sorte que déférence doit être accordée au tribunal à cet égard (*Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 118, paragraphe 11).

La question certifiée

[40] Avant d'aborder l'analyse, il y a lieu de commenter la question qui fut certifiée par le juge des requêtes que je me permets de reproduire une deuxième fois en insistant sur les dernières lignes :

Aux fins de l'exclusion prévue au paragraphe 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, y a-t-il complicité par association à des crimes contre l'humanité du fait qu'un demandeur d'asile occupait un poste de fonctionnaire d'un gouvernement qui a commis de tels crimes, joint au fait que le demandeur d'asile avait connaissance de ces crimes et ne les a pas dénoncés, lorsqu'il n'y a aucune preuve d'une participation personnelle, directe ou indirecte, du demandeur d'asile dans ces crimes? [Je souligne.]

[41] Ces dernières lignes sont problématiques en ce qu'elles tiennent pour acquis que l'intimé ne peut avoir fait montre de participation personnelle directe ou indirecte en demeurant en poste et en continuant à défendre les intérêts du régime, malgré sa connaissance acquise des crimes commis par ce régime. Or, c'est là que se situe la question qui est au cœur du présent litige.

[42] La question devrait aussi tenir compte de l'importance qu'attribue le tribunal au poste qu'occupait l'intimé pour le compte de son gouvernement (motifs du tribunal, paragraphe 50), laquelle importance n'est pas remise en question par le juge des requêtes (motifs du juge des requêtes, paragraphe 69) et le fait que ce dernier soit demeuré en poste malgré sa connaissance des crimes commis par son gouvernement.

[43] Finalement, la question devrait évoquer une possibilité plutôt qu'une finalité. Comme l'expliquait le juge Linden dans l'arrêt *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.) (*Sivakumar I*) (page 442) :

[...] l'association avec une personne ou une organisation responsable de crimes internationaux peut emporter complicité si l'intéressé a personnellement ou sciemment participé à ces

Mere membership in a group responsible for international crimes ... is not enough.... [Emphasis added.]

(See also *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 39, 238 F.T.R. 194 (*Harb*), paragraph 19.)

The final answer depends on the specific facts of each case (*Ramirez*, page 320; *Sivakumar I*, page 438; *Bazargan*, paragraph 12).

[44] In light of the above, I would reformulate the certified question as follows:

For the purposes of exclusion pursuant to paragraph 1F(a) of the United Nations Refugee Convention, can complicity by association in crimes against humanity be established by the fact that the refugee claimant was a senior public servant in a government that committed such crimes, along with the fact that the refugee claimant was aware of these crimes and remained in his position without denouncing them?

[45] According to the reasons of the applications Judge, the answer to this question would seemingly be no, since in his view one cannot be an accomplice without having personally participated in the crimes alleged, personally conspired to commit them or personally facilitated their commission (reasons of the applications Judge, paragraph 90). With this test in mind, he concludes that applying a “presumption of complicity by association” in the absence of evidence that the respondent exercised some kind of control over the DRC’s security forces or over any component of those forces or over any of their members would be unreasonable (paragraphs 106 and 107).

[46] In my opinion, the test for complicity established and applied by the applications Judge is inconsistent with the jurisprudence of this Court, and must therefore be set aside.

The jurisprudence of the Court of Appeal

[47] Article 1F(a) of the Convention states that a person is excluded from the application of the refugee protection provisions if there are “serious reasons for considering” that he has committed, among other things,

crimes, ou les a sciemment tolérés. La simple appartenance à un groupe responsable de crimes internationaux ne suffit pas, [...] [Je souligne.]

(Voir aussi *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 39 (*Harb*), paragraphe 19.)

La réponse ultime est fonction des faits particuliers de chaque affaire (*Ramirez*, page 320; *Sivakumar I*, page 438; *Bazargan*, paragraphe 12).

[44] Tenant compte de ce qui précède, je reformulerais la question certifiée comme suit :

Aux fins de l’exclusion prévue à l’alinéa 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, peut-il y avoir complicité par association à des crimes contre l’humanité du fait qu’un demandeur d’asile occupait un poste de haut fonctionnaire auprès d’un gouvernement qui a commis de tels crimes, joint au fait que le demandeur d’asile avait connaissance de ces crimes et est demeuré en poste sans les dénoncer?

[45] Si l’on s’en remet aux motifs du juge des requêtes, la réponse à cette question serait vraisemblablement non puisque selon lui n’est complice que celui ou celle qui a participé personnellement aux crimes reprochés, qui y a comploté personnellement ou qui en a personnellement facilité l’exécution (motifs du juge des requêtes, paragraphe 90). Appliquant ce critère, il conclut que donner effet à la « présomption de la complicité par association » en l’absence d’une preuve permettant de croire que l’intimé exerçait un contrôle quelconque sur les forces de sécurité de la RDC, ou sur l’une quelconque des composantes de ces forces, ou sur l’un quelconque de leurs membres, serait déraisonnable (paragraphes 106 et 107).

[46] À mon avis, le critère de complicité retenu et appliqué par le juge des requêtes va à l’encontre de celui établi par la jurisprudence de cette Cour et doit, pour cette raison, être écarté.

La jurisprudence de la Cour d’appel

[47] L’alinéa 1Fa) de la Convention prévoit qu’une personne est exclue de l’application des dispositions relatives à la protection des réfugiés s’il y a des « raisons sérieuses de penser » que celle-ci a commis, entre autres,

a crime against humanity. In *Ramirez*, MacGuigan J.A. specifies that the expression “serious reasons for considering” represents a lower standard of proof than the balance of probabilities (pages 311 and 312; see also *Moreno*, page 308; *Sumaida*, paragraph 25).

[48] In *Sivakumar I*, Linden J.A. comments on the reasons for the lower standard of proof established by Article 1F(a) of the Convention (page 445):

The standard of proof in section F(a) of Article 1 of the Convention is whether the Crown has demonstrated that there are serious reasons for considering that the claimant has committed crimes against humanity. In *Ramirez*, *supra*, MacGuigan J.A. stated that serious reasons for considering constitutes an intelligible standard on its own which need not be assimilated to the reasonable grounds standard in section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3] of the *Immigration Act*. This conclusion was echoed by Mr. Justice Robertson in *Moreno*, *supra*, although Robertson J.A. indicated that, for practical purposes, there was no difference between the standards. I agree that there is little, if any, difference of meaning between the two formulations of the standard. Both of these standards require something more than suspicion or conjecture, but something less than proof on a balance of probabilities. This shows that the international community was willing to lower the usual standard of proof in order to ensure that war criminals were denied safe havens. When the tables are turned on persecutors, who suddenly become the persecuted, they cannot claim refugee status. International criminals, on all sides of the conflicts, are rightly unable to claim refugee status. [Emphasis added.]

[49] The issue, therefore, is whether the individual in question may claim refugee status in Canada, not whether he or she is criminally responsible. For this purpose, all that is required are “serious reasons for considering” that the individual committed a crime within the meaning of Article 1F(a).

[50] It is also useful to recall, given the reasons of the applications Judge (see in particular paragraphs 60 and 90, reproduced at paragraphs 19 and 24 of these reasons), that there is only one form of complicity. As Létourneau J.A. explains in *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 303, 259 D.L.R. (4th) 281, at paragraph 13:

un crime contre l’humanité. Dans l’arrêt *Ramirez*, le juge MacGuigan précise que l’expression « raisons sérieuses de penser » établit une norme de preuve moindre que la prépondérance des probabilités (pages 311 et 312; voir aussi *Moreno*, page 308; *Sumaida*, paragraphe 25).

[48] Dans l’arrêt *Sivakumar I*, le juge Linden commente les raisons qui sous-tendent la norme de preuve réduite prévue à l’alinéa 1Fa) de la Convention (page 445) :

Selon la norme de preuve requise par la section Fa) de l’article premier de la Convention, il s’agit de savoir si la Couronne a prouvé qu’il y a des raisons sérieuses de penser que le demandeur a commis des crimes contre l’humanité. Dans *Ramirez*, *supra*, le juge MacGuigan conclut que la norme des raisons sérieuses est en soi une norme intelligible et qu’il n’est pas nécessaire de l’assimiler à la norme des motifs raisonnables que prescrit l’article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3] de la *Loi sur l’immigration*. Cette conclusion a été reprise par le juge Robertson, J.C.A., dans *Moreno*, *supra*, mais pour celui-ci, il n’y a à vrai dire aucune différence entre les deux. Je conviens que la différence, si différence il y a, est minime entre ces deux formulations de la norme. L’une et l’autre demandent davantage que la suspicion ou la conjecture, mais sans atteindre à la preuve par prépondérance des probabilités. Cela montre que la communauté internationale voulait bien baisser la norme habituelle de preuve afin de s’assurer que les criminels de guerre ne trouveraient pas refuge. Lorsque par un juste retour des choses, les persécuteurs deviennent les persécutés, ils ne pourront pas revendiquer le statut de réfugié. Les criminels internationaux, de quelque côté qu’ils se trouvent dans les conflits, sont ainsi privés à juste titre du statut de réfugié. [Je souligne.]

[49] Il s’agit donc de savoir si la personne visée peut demander refuge au Canada et non pas de déterminer si elle est criminellement responsable. À cette fin, il suffit qu’il y ait des « raisons sérieuses de penser » qu’elle ait commis un crime au sens de l’alinéa 1Fa).

[50] Il est aussi utile de rappeler, compte tenu des motifs du juge des requêtes (voir en particulier les paragraphes 60 et 90 reproduits aux paragraphes 19 et 24 des présents motifs), qu’il n’y a qu’une seule forme de complicité. Comme l’explique le juge Létourneau dans l’arrêt *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 303, au paragraphe 13 :

At common law and under Canadian criminal law, [complicity] was, and still is, a mode of commission of a crime. It refers to the act or omission of a person that helps, or is done for the purpose of helping, the furtherance of a crime. An accomplice is then charged with, and tried for, the crime that was actually committed and that he assisted or furthered. In other words, whether one looks at it from the perspective of our domestic law or of international law, complicity contemplates a contribution to the commission of a crime. [Emphasis added.]

[51] With this in mind, I will turn to a more in-depth review of this Court’s jurisprudence on the scope of the concept of complicity with respect to crimes against humanity, which the applications Judge was, in principle, bound to follow.

[52] In *Ramirez*, MacGuigan J.A. states that an individual cannot have committed crimes under Article 1F(a) of the Convention—including crimes against humanity—“without personal and knowing participation” (pages 316 and 317). He adds that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status. This is not the case, however, where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose (page 317). MacGuigan J.A. adds that members of an organization may, depending on the facts, be considered to be personal and knowing participants. In such cases, “complicity rests ... on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it” (pages 317 and 318). He also states that it is undesirable to go beyond the criterion of “personal and knowing participation” in persecutorial acts in establishing a general principle; the rest should be decided in relation to the particular facts of each case (page 320).

[53] In *Moreno*, Robertson J.A. reiterates the idea that mere membership in an organization involved in international offences is not a sufficient basis on which to invoke Article 1F(a) of the Convention, unless the organization is principally directed to a limited, brutal purpose (page 321). Citing *Ramirez*, Robertson J.A. states that “acts or omissions amounting to passive acquiescence are not a sufficient basis for invoking the

En common law et en droit pénal canadien, la complicité était et est toujours considérée comme une modalité de la perpétration d’un crime. Elle s’entend de l’acte ou de l’omission de celui qui aide ou facilite la réalisation d’un crime. Le complice est donc accusé du crime qui a été effectivement commis et il est jugé pour ce crime, dont il a aidé ou facilité la perpétration. En d’autres termes, qu’on l’aborde du point de vue de notre droit interne ou de celui du droit international, la complicité suppose la contribution à la réalisation d’un crime. [Je souligne.]

[51] Gardant ce constat à l’esprit, il y a lieu d’examiner plus à fond la jurisprudence issue de cette Cour sur la portée du concept de complicité pour crimes contre l’humanité à laquelle le juge des requêtes devait en principe adhérer.

[52] Dans l’arrêt *Ramirez*, le juge MacGuigan indique qu’une personne ne peut avoir commis de crimes au sens de l’alinéa 1Fa) de la Convention — incluant les crimes contre l’humanité — sans qu’il n’y ait un « certain degré de participation personnelle et consciente » (pages 316 et 317). Il ajoute que la simple appartenance à une organisation qui commet des crimes internationaux ne suffit pas en soi pour exclure un individu de l’application des dispositions relatives au statut de réfugié. Il en va autrement, par contre, lorsqu’une organisation vise principalement des fins limitées et brutales (page 317). Le juge MacGuigan ajoute que les membres d’une organisation peuvent, selon les faits propres à chaque affaire, être considérés comme des participants personnels et conscients. Dans de tels cas, la « complicité dépend essentiellement de l’existence d’une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont » (pages 317 et 318). Il affirme également qu’il n’est pas souhaitable, dans l’établissement d’un principe général applicable à la complicité, de dépasser le critère de la « participation personnelle et consciente »; le reste devant être tranché selon les faits de chaque affaire (page 320).

[53] Dans l’arrêt *Moreno*, le juge Robertson réitère l’idée que la simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d’invoquer l’alinéa 1Fa) de la Convention, sauf lorsque l’organisation vise des fins limitées et brutales (page 321). En se fondant sur l’arrêt *Ramirez*, le juge Robertson affirme « que les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d’invoquer la

exclusion clause”; what must be established is personal participation, which depends on the existence of a shared common purpose (page 323). He also states that “the closer a person is involved in the decision-making process and the less he or she does to thwart the commission of inhumane acts, the more likely criminal responsibility will attach” (page 324).

[54] In *Sivakumar I*, Linden J.A. not only reiterates the “personal and knowing participation” test established in *Ramirez*, but adds the following with respect to complicity by association (page 442):

... association with a person or organization responsible for international crimes may constitute complicity if there is personal and knowing participation or toleration of the crimes. [Emphasis added.]

In so saying, Linden J.A. recognizes that complicity for the purposes of Article 1F(a) of the Convention is a broad concept that is not limited to physical participation in crimes or the exercise of effective control over their commission.

[55] In *Bazargan*, Décary J.A. states that “personal and knowing participation” may be direct or indirect and does not require formal membership in the organization involved in the commission of international offences. He adds that it is not the fact of working for an organization that makes an individual an accomplice to the acts committed by that organization, but rather the fact of knowingly contributing to these activities in any manner whatsoever, whether from within the organization or from outside (paragraph 11). Décary J.A. again notes that everything depends on the particular facts of each case (paragraph 12).

[56] The subsequent decisions of this Court in *Sumaida* and *Harb* did not modify the principles previously set out regarding Article 1F(a) of the Convention. In *Harb*, Décary J.A. states (paragraph 11):

It is not the nature of the crimes with which the appellant was charged that led to his exclusion, but that of the crimes alleged against the organizations with which he was supposed to be associated. Once those organizations have committed crimes against humanity and the appellant meets the requirements for membership in the group, knowledge, participation or complicity

disposition d’exclusion »; ce qui importe est l’établissement d’une participation personnelle qui dépend de l’existence d’une intention commune (page 323). Il affirme également que « plus une personne est impliquée dans le processus décisionnel et moins elle tente de contrecarrer la perpétration d’actes inhumains, plus il est vraisemblable qu’elle soit criminellement responsable » (page 324).

[54] Dans l’arrêt *Sivakumar I*, le juge Linden, en plus de réitérer le critère de la « participation personnelle et consciente » établi dans l’arrêt *Ramirez*, affirme ceci quant à la complicité par association (page 442) :

[...] l’association avec une personne ou une organisation responsable de crimes internationaux peut emporter complicité si l’intéressé a personnellement ou sciemment participé à ces crimes, ou les a sciemment tolérés. [Je souligne.]

Ce disant, le juge Linden reconnaît que la complicité pour les fins de l’alinéa 1F(a) de la Convention est un concept large qui ne se limite pas à la participation physique aux crimes ou à l’exercice d’un contrôle effectif sur leur perpétration.

[55] Dans l’arrêt *Bazargan*, le juge Décary affirme que la « participation personnelle et consciente » peut être directe ou indirecte et qu’elle ne requiert pas une appartenance formelle à l’organisation qui est impliquée dans la perpétration des crimes internationaux. Il ajoute que ce n’est pas le fait de travailler au sein d’une organisation qui rend un individu complice des actes commis par l’organisation, mais le fait de contribuer en toute connaissance de cause à ses activités de quelque manière que ce soit, de l’intérieur ou de l’extérieur de l’organisation (paragraphe 11). Le juge Décary réitère encore une fois que tout dépend du contexte factuel de chaque affaire (paragraphe 12).

[56] Les décisions subséquentes de cette Cour dans les arrêts *Sumaida* et *Harb* n’ont pas modifié les principes énoncés précédemment concernant l’alinéa 1F(a) de la Convention. Dans l’arrêt *Harb*, le juge Décary affirme (paragraphe 11) :

Ce n’est pas la nature des crimes reprochés à l’appelant qui mène à son exclusion, mais celle des crimes reprochés aux organisations auxquelles on lui reproche de s’être associé. Dès lors que ces organisations commettent des crimes contre l’humanité et que l’appelant rencontre les exigences d’appartenance au groupe, de connaissance, de participation ou de complicité

imposed by precedent (see *inter alia*, [Ramirez]; [Moreno]; [Sivakumar I]; [Sumaida] and [Bazargan]), the exclusion applies even if the specific acts committed by the appellant himself are not crimes against humanity as such.

[57] In light of this Court’s decisions regarding complicity as it relates to Article 1F(a) of the Convention, I am of the view that the applications Judge applied too narrow a test in requiring personal participation by the individual in the crimes alleged, whether by carrying them out personally or facilitating their commission in the manner described. The “personal and knowing participation” test adopted by this Court is broader than that.

[58] The same decisions also compel us to realize that the expression “complicity by association” is fundamentally misleading. It implies that an individual who associates with the perpetrators of international crimes becomes an accomplice to their crimes based on this association alone. However, liability is generated not by the association but rather by personal and knowing participation in these crimes. In my view, the time has come to drop the term “complicity by association” and henceforth to refer to complicity, period.

The jurisprudence of the Federal Court

[59] In my opinion, the Federal Court cases relied on by the applications Judge do not support his approach either. On the one hand, Gibson J.’s decision in *Aden*, which he cites with approval, does not take into account this Court’s decisions in *Moreno* or *Sivakumar I*. As Gibson J. explains at the end of his reasons, they were released too late for counsel to refer to them so that he was unfortunately unable to consider their impact (*Aden*, pages 634 and 635).

[60] On the other hand, Blanchard J.’s decision in *Sungu* and that of Lemieux J. in *Bouasla* both state that the evidence did not support a sufficient shared common purpose to give rise to an exclusion under Article 1F(a) of the Convention. Neither of these judges set out a rule whereby the fact of remaining in one’s position while being fully cognizant of the crimes being committed by

imposées par la jurisprudence (voir, notamment, [Ramirez]; [Moreno]; [Sivakumar I]; [Sumaida]; et [Bazargan]), l’exclusion s’applique quand bien même les gestes concrets posés par l’appellant lui-même ne seraient pas, en tant que tels, des crimes contre l’humanité.

[57] À la lumière de la jurisprudence de cette Cour portant sur le concept de complicité dans le cadre de l’alinéa 1F(a) de la Convention, je suis d’avis que le juge des requêtes a appliqué un critère trop restrictif en exigeant que la personne visée ait participé personnellement aux crimes reprochés, y ait comploté personnellement ou en ait facilité l’exécution dans le sens exprimé. Le critère de « participation personnelle et consciente » retenu par cette Cour est plus large que cela.

[58] Toujours selon cette jurisprudence, force est de constater que l’expression « complicité par association » est foncièrement trompeuse. Elle porte à croire que celui ou celle qui s’associe avec les auteurs de crimes internationaux se rend, de par cette seule association, complice de leurs crimes. Or, l’élément générateur de responsabilité n’est pas l’association mais bien la participation personnelle et consciente à ces crimes. Selon moi, le moment est venu d’abandonner l’appellation « complicité par association » et de dorénavant parler de complicité, sans plus.

La jurisprudence de la Cour fédérale

[59] À mon avis, la jurisprudence de la Cour fédérale sur laquelle le juge des requêtes se fonde ne soutient pas non plus l’approche qu’il a retenue. D’une part, la décision du juge Gibson dans *Aden*, qu’il cite avec déférence, ne tient pas compte des décisions de notre Cour dans l’arrêt *Moreno* ou *Sivakumar I*. Comme l’explique le juge Gibson à la fin de ses motifs, leur date de publication n’a pas permis aux avocats d’y référer de sorte qu’il n’a malheureusement pas pu considérer les enseignements qui en découlent (*Aden*, pages 634 et 635).

[60] D’autre part, la décision du juge Blanchard dans *Sungu* et celle du juge Lemieux dans *Bouasla* sont toutes deux à l’effet que la preuve n’établissait pas une intention commune suffisante pour donner lieu à une exclusion en vertu de l’alinéa 1F(a) de la Convention. Ni l’un, ni l’autre ont énoncé la règle selon laquelle le fait de demeurer en poste en toute connaissance des crimes étant commis par

the organization cannot be a sufficient basis for an exclusion.

l'organisation ne peut, selon les circonstances, mener à une exclusion.

The Rome Statute

[61] The applications Judge seems to have drawn inspiration from the Rome Statute, which was ratified by Canada in 2000 and which came into force in 2002, to justify an approach that departs from the decisions rendered by this Court prior to the coming into force of that Statute. According to him, criminal responsibility for crimes against humanity under the Rome Statute “requires personal participation in the crime alleged or personal control over the events leading to the crime alleged” (reasons of the applications Judge, paragraph 86). He adds that this “requirement must also be used to clarify the concept of participation through association”.

Le Statut de Rome

[61] Le juge des requêtes semble s'inspirer du Statut de Rome, ratifié par le Canada en 2000 avec effet à compter de 2002, pour justifier une approche qui se démarque des décisions rendues par cette Cour avant l'entrée en vigueur de ce Statut. Selon lui, la responsabilité pénale pour les crimes contre l'humanité établie sous le Statut de Rome « requiert une participation personnelle au crime reproché ou un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » (motifs du juge des requêtes, paragraphe 86). Il ajoute que cette « exigence doit également servir à éclairer le concept de participation par association ».

[62] In this respect, the applications Judge cites Articles 25(3) and 30 of the Rome Statute:

[62] À cet égard, le juge des requêtes cite les articles 25(3) et 30 du Statut de Rome :

Article 25

...

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:
 - (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;
 - (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;
 - (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;
 - (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:
 - (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such

[...]

Article 25

3. Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :
 - a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable;
 - b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a une commission ou tentative de commission d'un crime;
 - c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission;
 - d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :
 - i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte

activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;

...

Article 30

Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.
2. For the purposes of this article, a person has intent where:
 - (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
 - (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly. [Emphasis added.]

[63] The applications Judge is correct in stating that Article 1F(a) of the Convention must be interpreted in light of international instruments such as the Rome Statute (*Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, paragraph 151). However, I do not believe that the criminal responsibility described in the Rome Statute is ascribed only in the case of “personal participation in the crime alleged or personal control over the events leading to the crime alleged” (reasons of the applications Judge, paragraph 86).

[64] The language of Article 25(3), and in particular the expressions “otherwise assists” and “[i]n any other way” in paragraphs (c) and (d) respectively, clearly indicates that criminal responsibility for international crimes falling under the Rome Statute is not limited to personal participation in the crime or personal control over the

l’exécution d’un crime relevant de la compétence de la Cour; ou

ii) Être faite en pleine connaissance de l’intention du groupe de commettre ce crime;

[...]

Article 30

Élément psychologique

1. Sauf disposition contraire, nul n’est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d’un crime relevant de la compétence de la Cour que si l’élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance.
2. Il y a intention au sens du présent article lorsque :
 - a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement;
 - b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements.
3. Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu’une personne est consciente qu’une circonstance existe ou qu’une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. « Connaître » et « en connaissance de cause » s’interprètent en conséquence. [Je souligne.]

[63] Le juge des requêtes a raison d’affirmer que l’alinéa 1Fa) de la Convention doit être interprété à la lumière des instruments internationaux dont le Statut de Rome (*Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, paragraphe 151). Cependant, je ne crois pas que la responsabilité pénale envisagée par le Statut de Rome se limite au critère de « participation personnelle au crime reprochée ou [à] un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » (motifs du juge des requêtes, paragraphe 86).

[64] Le langage de l’article 25(3) et en particulier les expressions « toute autre forme d’assistance » et « de toute autre manière » aux alinéas c) et d) respectivement, indique clairement que la responsabilité pénale pour les crimes internationaux tombant sous le Statut de Rome ne se limite pas à la participation personnelle au crime ou au

events. This provision is quite broad on its face and goes beyond the test adopted by the applications Judge.

[65] The applications Judge also cites Article 28 of the Rome Statute, which deals with the responsibility of military commanders for the acts of their soldiers. He notes that, as with employers with respect to the wrongful acts of their employees in civil law or at common law, “effective control over other persons” must be exercised for any kind of responsibility to be ascribed (reasons of the applications Judge, paragraph 89).

[66] Article 28 of the Rome Statute reads as follows:

Article 28

Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

- (a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:
 - (i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and
 - (ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;
- (b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:

contrôle personnel sur les événements. Cette disposition est à sa face même très large et va au-delà du critère retenu par le juge des requêtes.

[65] Le juge des requêtes cite aussi l'article 28 du Statut de Rome qui traite de la responsabilité du chef militaire pour les actes de ses soldats. Il fait remarquer que, comme dans le cas d'un employeur à l'égard des actes fautifs de ses employés selon le droit civil ou la common law, un « contrôle effectif sur autrui » doit être exercé avant qu'une quelconque responsabilité puisse être imputée (motifs du juge des requêtes, paragraphe 89).

[66] L'article 28 du Statut de Rome se lit comme suit :

Article 28

Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques

Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :

- a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :
 - i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes; et
 - ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites;
- b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

- | | |
|---|--|
| <p>(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;</p> <p>(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and</p> <p>(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.</p> | <p>i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement;</p> <p>ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs; et</p> <p>iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.</p> |
|---|--|

[67] One can easily understand why military commanders cannot be held responsible in that capacity for the conduct of individuals who are not under their control, or employers with respect to employees who are outside of their control. However, this issue does not arise under article 25(3) of the Rome Statute, which covers any individual who orders, solicits, induces, facilitates or in any other way contributes to the commission of a crime against humanity, the sole requirement being that the individual in question has acted knowingly.

[67] L'on peut facilement comprendre pourquoi un chef militaire ne peut engager sa responsabilité à ce titre pour les agissements d'individus qui ne sont pas sous son contrôle, tout comme l'employeur à l'égard d'employés qui échappent à son contrôle. Cependant, aucune telle question ne se pose en ce qui a trait à l'article 25(3) du Statut de Rome, qui vise toute personne qui ordonne, sollicite, encourage, facilite ou contribue de toute autre manière à la commission d'un crime contre l'humanité, la seule exigence étant que la personne ciblée ait agi en pleine connaissance de cause.

[68] In my opinion, the “personal and knowing participation” test established in *Ramirez* is in harmony with the Rome Statute. As Lord Brown explains in *Sri Lanka*, the language of the Rome Statute is particularly broad, as compared with domestic legislative provisions establishing criminal responsibility for crimes that are, in fact, committed by others (paragraph 34). According to Lord Brown, only personal knowledge of the crimes and an intention to contribute to their commission is required (paragraph 37). In my opinion, this is entirely consistent with the “personal and knowing participation” test adopted by MacGuigan J.A. in *Ramirez* and applied by this Court ever since.

[68] À mon avis, le critère de la « participation personnelle et consciente » établi dans l'arrêt *Ramirez* est en harmonie avec le Statut de Rome. Comme l'explique lord Brown dans l'arrêt *Sri Lanka*, le langage du Statut de Rome est particulièrement large, lorsque comparé aux dispositions législatives domestiques décrétant une responsabilité criminelle pour des crimes qui sont, à proprement parlé, commis par d'autres (paragraphe 34). Selon lord Brown, seule une connaissance acquise des crimes et une intention d'y contribuer est requise (paragraphe 37). À mon avis, ceci rejoint en tout point le critère de la « participation personnelle et consciente » retenu par le juge MacGuigan dans l'arrêt *Ramirez* et appliqué par cette Cour depuis.

Section 35 of the IRPA

L'article 35 de la LIPR

[69] The applications Judge also refers to the regime set out in section 35 of the IRPA, which provides that individuals who have committed offences under sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*,

[69] Le juge des requêtes s'en remet aussi au régime prévu à l'article 35 de la LIPR qui interdit de territoire les personnes qui ont commis des crimes visés aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et*

S.C. 2000, c. 24 (paragraph 35(1)(a)) are inadmissible. He notes that the same inadmissibility is imposed separately on those occupying senior positions—defined by regulation—in a government that has committed such crimes (paragraph 35(1)(b)). According to the applications Judge, this implies that, for the purposes of section 35, remaining in a position despite the crimes committed by one's government is not alone sufficient to make a senior official an accomplice to these crimes. He adds that the same distinction must be made for the purposes of applying Article 1F(a) of the Convention (reasons of the applications Judge, paragraphs 99 and 100).

[70] With respect, this reasoning does not take into account the fact that a person falling under Article 1F(a) of the Convention is automatically inadmissible under paragraph 35(1)(a). Paragraph 35(1)(b) merely extends the inadmissibility to senior officials in the service of the government that has committed the crimes, without it being necessary to prove their direct or indirect participation in them. Depending on the circumstances, nothing prevents a senior official, who remains in office despite the crimes committed by his or her government, from becoming an accomplice to these crimes and subject to paragraph 35(1)(a).

Presumption of participation

[71] Finally, it was not open to the applications Judge to find that complicity by association must be understood as being a presumption and that it would be unreasonable to apply that presumption on the basis of the respondent's membership in the DRC government (reasons of the applications Judge, paragraphs 90 and 105 to 107). While it is true that membership in an organization pursuing a limited, brutal purpose establishes a presumption of participation in the crimes of that organization, the opposite is true if the organization in question is not pursuing such a purpose, as the panel concluded with respect to the DRC (*Ramirez*, page 317; *Moreno*, page 321; *Sivakumar I*, pages 440 and 442 and *Sumaida*, paragraph 24). In this case, no presumption arises from the respondent's membership in the DRC government, and the onus was on the Minister to establish, on the applicable standard of proof, his participation in his government's crimes.

les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24 (alinéa 35(1)(a)). Il souligne le fait que la même interdiction est imposée de façon distincte à ceux ou celles qui occupent des postes de rangs supérieurs — définis par règlement — auprès d'un gouvernement qui a commis de tels crimes (alinéa 35(1)(b)). Selon le juge des requêtes, ceci laisse entendre que pour les fins de l'article 35, le haut placé qui reste en poste malgré les crimes commis par son gouvernement ne peut, sans plus, se rendre complice de ces crimes. Il ajoute que cette distinction doit aussi être retenue aux fins de l'application de l'alinéa 1Fa) de la Convention (motifs du juge des requêtes, paragraphes 99 et 100).

[70] Avec égards, ce raisonnement ne tient pas compte du fait qu'une personne qui tombe sous l'effet de l'alinéa 1Fa) de la Convention est automatiquement interdite de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)(a). L'alinéa 35(1)(b) ne fait qu'étendre cette interdiction aux individus qui occupent un rang supérieur au sein du gouvernement qui les a commis, sans qu'il soit nécessaire de prouver leur participation, directe ou indirecte, à ces crimes. Rien n'exclut qu'un haut dirigeant, en demeurant en poste malgré les crimes commis par son gouvernement, puisse selon les circonstances, se rendre complice de ces crimes et être assujéti à l'alinéa 35(1)(a).

Présomption de participation

[71] Finalement, le juge des requêtes ne pouvait non plus conclure que la complicité par association doit être comprise comme étant une présomption et qu'il serait déraisonnable de donner effet à cette présomption en fonction de l'appartenance de l'intimé à l'appareil gouvernemental de la RDC (motifs du juge des requêtes, paragraphes 90 et 105 à 107). Autant il est vrai que l'appartenance à une organisation qui vise des fins limitées et brutales emporte une présomption de participation aux crimes de l'organisation, autant le contraire est vrai lorsque l'organisation ne vise pas ces fins, comme l'a conclu le tribunal en l'espèce à l'égard de la RDC (*Ramirez*, page 317; *Moreno*, page 321; *Sivakumar I*, pages 440 et 442 et *Sumaida*, paragraphe 24). En l'occurrence, aucune présomption découle de l'appartenance de l'intimé à l'appareil gouvernemental de la RDC, et il appartenait au ministre d'établir, selon la norme de preuve applicable, sa participation aux crimes de son gouvernement.

[72] I therefore find that the certified question as reformulated must be answered in the affirmative. In my view, a senior official may, by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes committed by this government demonstrate “personal and knowing participation” in these crimes and be complicit with the government in their commission. It is useful to remember, however, that the final outcome will always depend on the facts particular to each case (*Ramirez*, page 220; *Bazargan*, paragraph 12).

[73] The next issue would be whether, given the particular facts of this case, it was reasonable for the Panel to find that the respondent participated personally and knowingly in the crimes of his government.

New error of law

[74] Before addressing this question, counsel for the respondent raised for the first time the argument that, despite the above, the panel applied the wrong test in deciding the issue. According to counsel, the panel did not apply the “personal and knowing participation” test, but rather the “personal and knowing awareness” test. In this respect, counsel for the respondent cited the following excerpts of paragraphs 71 and 75 of the panel’s reasons:

Therefore, it is reasonable to conclude that the [respondent] had a “personal and knowing awareness” in the Congolese government’s actions, which is the “element required to establish complicity”.

...

Upon examination of the evidence on file, the [respondent] had “personal and knowing awareness” [*Ramirez*] of the atrocities committed by the Congolese government and army through the duties he carried out.

[75] These passages are troubling, as there is a fundamental difference between “personal and knowing awareness” of the crimes committed by the DRC, an awareness that is no longer challenged, and “personal and knowing participation” in these crimes as developed

[72] J’en viens donc à la conclusion que la question certifiée telle que reformulée doit recevoir une réponse affirmative. Selon moi, un haut dirigeant, en demeurant en poste sans protêt et en continuant à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu’il a connaissance des crimes commis par ce gouvernement, peut démontrer sa « participation personnelle et consciente » à ces crimes et se rendre complice de son gouvernement dans leur commission. Il est utile de rappeler cependant que la réponse ultime est toujours fonction des faits particuliers de chaque affaire (*Ramirez*, page 220; *Bazargan*, paragraph 12).

[73] La prochaine question serait donc de savoir si selon les faits particuliers de la présente affaire, le tribunal pouvait raisonnablement conclure que l’intimé a participé personnellement et consciemment aux crimes de son gouvernement.

Nouvelle erreur de droit

[74] Au moment d’aborder cette question, l’avocat de l’intimé a soulevé pour la première fois l’argument selon lequel, indépendamment du débat qui précède, le tribunal aurait tranché cette question en fonction du mauvais critère. Selon l’avocat, le tribunal n’a pas appliqué le critère de la « participation personnelle et consciente » mais plutôt celui de la « connaissance personnelle et consciente ». L’avocat de l’intimé cite à cet égard les passages suivants des paragraphes 71 et 75 des motifs du tribunal:

Ainsi, il est raisonnable de conclure que [l’intimé] avait une « connaissance personnelle et consciente » des agissements du gouvernement congolais, ce qui est « l’élément requis pour qu’il y ait complicité ».

[...]

Au regard de la preuve soumise, [l’intimé] avait « une connaissance personnelle et consciente » [*Ramirez*] des atrocités commises par le gouvernement congolais et son armée, de par les fonctions qu’il occupait.

[75] Ces passages sont troublants puisqu’il y a une différence fondamentale entre la « connaissance personnelle et consciente » des crimes commis par la RDC, connaissance qui n’est plus remise en question, et la « participation personnelle et consciente » à ces crimes

by this Court's jurisprudence. The panel has erred in stating that *Ramirez* establishes a "personal and knowing awareness" test, as this expression appears nowhere in the judgment and seems to confuse "awareness" with "participation". Also, by indicating that "personal and knowing awareness" is "the element required to establish complicity" [emphasis added], the panel displays the same confusion. While personal knowledge of the crimes is one of the elements required for "personal and knowing participation", only participation, so described, if established according to the applicable burden of proof, may support a finding of complicity.

[76] Counsel for the Minister, who was notified of the respondent's argument during the week preceding the hearing, was unable to persuade me that this error is of no consequence. It is true that the panel, at paragraph 75 of its reasons, found that there were serious reasons for considering that the respondent had "personally and wittingly participated" in the crimes committed by his government. Although this comes sufficiently close to the correct test, I cannot, in light of the language used earlier, rule out the respondent's argument that the panel was confusing awareness and participation when it made this finding.

[77] The panel was required to apply the correct test and determine whether the respondent, by remaining in his position while he had knowledge of the crimes committed by his government in the circumstances described above, personally and knowingly participated in the crimes of his government. The knowledge of these crimes is not determinative on its own. Only the respondent's personal and knowing participation in these crimes can support a finding of complicity for the purposes of Article 1F(a) (*Ramirez*, pages 317 and 318; *Moreno*, page 323). My reading of the panel's decision leaves me uncertain as to whether it applied the correct test.

[78] Because of the nature of its duties, the panel is in the best position to judge whether there is sufficient evidence to support a finding of complicity by the respondent, and deference is owed to it when it carries out this duty according to the correct test. In the circumstances, the matter should be remitted to a differently constituted

telle qu'élaborée par la jurisprudence de cette Cour. Or, le tribunal en citant l'arrêt *Ramirez* comme établissant le critère de la « connaissance personnelle et consciente » est dans l'erreur, puisque cette expression se retrouve nulle part dans ce jugement, et semble confondre « connaissance » et « participation ». De même, en indiquant que la « connaissance personnelle et consciente » est « l'élément requis pour qu'il ait complicité » [soulignement ajouté], le tribunal démontre la même confusion. Alors que la connaissance personnelle des crimes est l'un des éléments requis pour qu'il y ait « participation personnelle et consciente », seule la participation ainsi décrite, si établie selon la norme de preuve applicable, peut soutenir une conclusion de complicité.

[76] L'avocat du ministre, qui fut mis au courant de l'argument de l'intimé au cours de la semaine qui a précédé l'audition, n'a pas su me convaincre que l'erreur est sans signification. Il est vrai que le tribunal au paragraphe 75 de ses motifs conclu à l'existence de motifs sérieux de penser que l'intimé a « participé personnellement et sciemment » aux crimes commis par son gouvernement. Bien que ceci rejoint le bon critère, je ne peux, à la lumière du langage qui précède, exclure la thèse de l'intimé selon laquelle le tribunal en tirant cette conclusion a confondu connaissance et participation.

[77] Il incombait au tribunal d'appliquer le bon critère et de déterminer si l'intimé en demeurant en poste alors qu'il avait connaissance des crimes commis par son gouvernement dans les circonstances que nous connaissons, a participé personnellement et consciemment aux crimes de son gouvernement. La connaissance de ces crimes n'est pas en soi concluante. Seule la participation personnelle et consciente de l'intimé à ces crimes peut soutenir une conclusion de complicité aux fins de l'alinéa 1F(a) (*Ramirez*, pages 317 et 318; *Moreno*, page 323). Ma lecture de la décision du tribunal me laisse perplexe quant à savoir s'il a appliqué le bon test.

[78] Le tribunal, de par ses fonctions, est mieux placé que quiconque pour juger de la suffisance de la preuve pour conclure à la complicité de l'intimé et déférence lui est due lorsqu'il s'acquitte de cette tâche en fonction du bon test. Dans ces circonstances, il y a lieu de retourner l'affaire devant un tribunal différemment constitué pour

panel for a new hearing to determine whether, according to the correct test, the respondent was complicit in his government's crimes by virtue of his conduct.

[79] For these reasons, I would answer the certified question as reformulated in the manner set out at paragraph 72 of these reasons, I would allow paragraphs 1 and 2 of the judgment rendered by the applications Judge to stand and replace paragraph 3 thereof by the following direction:

3. The matter is remitted to the Immigration and Refugee Board to be heard by a different panel of the Refugee Protection Division, which will determine it *de novo* and determine whether the respondent was an accomplice to the crimes committed by the Democratic Republic of Congo in accordance with the personal and knowing participation test.

NADON J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

qu'il l'examine à nouveau et détermine si le comportement de l'intimé le rend complice des crimes de son gouvernement en fonction du bon test.

[79] Pour ces motifs, je donnerais à la question certifiée telle que reformulée la réponse énoncée au paragraphe 72 des présents motifs, je donnerais effet aux paragraphes 1 et 2 du jugement rendu par le juge des requêtes et j'annulerais le paragraphe 3 dudit jugement pour y substituer la directive qui suit :

3. Le dossier est renvoyé à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour en saisir un autre tribunal de la Section des réfugiés, qui devra l'examiner à nouveau et déterminer si l'intimé s'est rendu complice des crimes commis par la République démocratique du Congo en fonction du critère de la participation personnelle et consciente.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

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