

A-746-91

Jose Rodolfo Moreno and Edith Francisca Parada Sanchez (*Appellants*)

v.

The Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)

INDEXED AS: MORENO v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, Robertson and McDonald J.J.A.—Toronto, June 4; Ottawa, September 2; Vancouver, September 14, 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from rejection of refugee claims based on exclusion clause in United Nations Convention — Board having “serious reasons for considering” male appellant, forcibly recruited into Salvadoran army at sixteen, committed crimes against humanity during military service — Degree of complicity, standard of proof at issue — Acts or omissions amounting to passive acquiescence not sufficient basis for invoking exclusion clause — Requisite element of mens rea lacking — Board also erred in dealing with female appellant’s claim by failing to determine whether male appellant Convention refugee but for crimes against humanity.

This was an appeal from the rejection by the Immigration and Refugee Board of the appellants’ refugee claims based on the application of the exclusion clause contained in the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. In early 1988, while serving in the Salvadoran army, into which he had been forcibly recruited at age sixteen, the appellant was ordered on one occasion to guard a prisoner who had been taken for questioning; he observed acts of torture during the interrogation but did not intervene because he thought he would be killed if he did. Soon after, he deserted the army and fled El Salvador. In applying the exclusion clause, the Board found that there were “serious reasons for considering” that the appellant had committed crimes against humanity during the four months he served in the Salvadoran army. According to the Board, the evidence was overwhelming that the appellant was actively engaged in the killing of civilians and in military activities not permissible by international law. The Court had to deal with the following issues: whether the Board erred in law 1) by failing to adopt a narrow construction of the exclusion clause; 2) by failing to apply the proper standard of proof; 3) by making erroneous findings of fact and credibility; 4) by determining that the male appellant’s acts or omissions amounted to a crime against humanity; 5) by failing to determine the male appellant’s eligibility under the inclusion clause

A-746-91

Jose Rodolfo Moreno et Edith Francisca Parada Sanchez (*appelants*)

a c.

Le ministre de l’Emploi et de l’Immigration (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: MORENO c. CANADA (MINISTRE DE L’EMPLOI ET DE L’IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d’appel, juges Mahoney, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 4 juin; Ottawa, 2 septembre; Vancouver, 14 septembre 1993.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel à l’encontre du rejet de revendications du statut de réfugié fondé sur la disposition d’exclusion attachée à la Convention des Nations Unies — La Commission avait «des raisons sérieuses de penser» que l’appelant, qui avait été recruté contre son gré par l’armée salvadorienne à l’âge de seize ans, avait commis des crimes contre l’humanité au cours de son service militaire — Le degré de complicité et la norme de preuve sont en litige — Les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d’invoquer la disposition d’exclusion — L’élément de mens rea requis fait défaut — La Commission a également commis une erreur dans son appréciation de la revendication de l’appelante en ne décidant pas si l’appelant aurait été un réfugié au sens de la Convention n’eussent été des crimes contre l’humanité.

Il s’agit d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté les revendications du statut de réfugié des appelants en raison de l’applicabilité de la disposition d’exclusion attachée à la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Au début de 1988, l’appelant, qui servait alors dans l’armée salvadorienne, par laquelle il avait été recruté contre son gré à l’âge de seize ans, a reçu l’ordre de monter la garde d’un prisonnier amené pour être interrogé. Il a été témoin d’actes de torture commis au cours de l’interrogatoire, mais il n’est pas intervenu parce qu’il croyait qu’il aurait été tué s’il avait tenté de s’interposer. Il a déserté l’armée peu après et il a fui le Salvador. En appliquant la disposition d’exclusion, la Commission a conclu qu’elle avait «des raisons sérieuses de penser» que l’appelant avait commis des crimes contre l’humanité au cours de son service de quatre mois dans l’armée salvadorienne. Selon la Commission, il existe une preuve accablante de la participation active du demandeur au massacre de civils et à des activités militaires qui ne sont pas permises en vertu du droit international. La Cour a dû se prononcer sur les questions suivantes: la Commission a-t-elle commis une erreur de droit 1) en n’interprétant pas de façon restrictive la disposition d’exclusion? 2) en n’appliquant pas la norme de preuve appropriée? 3) en tirant des conclusions de fait et de crédibilité erro-

and 6) by applying the exclusion clause to the refugee claim of the female appellant.

Held, the appeal should be allowed.

1) All of the leading commentators and the UNHCR Handbook are in favour of a narrow construction of the exclusion clause in view of the possible persecution awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees. The application of the exclusion clause should be approached by reference to Federal Court case law and to the clear intent of the signatories to the Convention. Where there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

2) The applicability of the exclusion clause does not depend on whether a claimant has been charged or convicted of the acts set out in the Convention. The Minister's burden is merely to meet the standard of proof embraced by the term "serious reasons for considering". The "less-than-civil-law" standard, referred to by this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, is one well below that required under either the criminal law (beyond a reasonable doubt) or the civil law (on a balance of probabilities or preponderance of evidence); that standard is consistent with the intent of the signatories to the Convention who were adamant that international protection be unavailable to war criminals. The requisite standard of proof comes into legal play only when the tribunal is called on to make determinations which can be classified as questions of fact. The "less-than-civil-law" standard is irrelevant when the issue being addressed is essentially a question of law. For instance, it is a question of fact whether the appellant or members of his platoon killed civilians, or whether the appellant stood guard during the torture of a prisoner. But whether the act of killing civilians by military personnel can be classified as a crime against humanity is a question of law which must be decided in accordance with legal principles rather than by reference to a standard of proof.

3) Where the credibility of the claimant is in issue, the Board is under an obligation to give reasons, in clear and unmistakable terms, in support of its finding. In the instant case, the credibility of the appellant was not doubted except for three instances where the Board found inconsistencies or contradictions. Evidence concerning the appellant's well-founded fear of persecution with respect to the inconsistencies identified by the Board was inconclusive. There was no other evidence than the personal information form (PIF) to substantiate the Board's determination that the appellant was involved, either directly or indirectly, in the killing of civilians. Little or no weight could be given to the PIF in regard to the appellant's participation in what could otherwise be clearly recognized as acts amounting to crimes against humanity. The PIF standing

nées? 4) en concluant que les actes ou les omissions de l'appelant constituaient un crime contre l'humanité? 5) en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de l'appelant dans le cadre de la disposition d'inclusion? 6) en appliquant la disposition d'exclusion à la revendication du statut de réfugié de l'appelante?

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

1) Tous les auteurs reconnus de même que le Guide du HCNUR favorisent une interprétation restrictive de la disposition d'exclusion, étant donné le risque de persécution auquel sont soumis ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention. Il faudrait considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte de la jurisprudence de la Cour fédérale, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsqu'il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

2) L'applicabilité de la disposition d'exclusion ne repose pas sur la question de savoir si le demandeur a été accusé ou déclaré coupable des actes prévus dans la Convention. Le ministre doit seulement se conformer à la norme de preuve comprise dans l'expression «raisons sérieuses de penser». La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil invoquée par cette Cour dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* est bien inférieure à celle qui est requise dans le cadre du droit criminel («hors de tout doute raisonnable») ou du droit civil («selon la prépondérance des probabilités» ou «prépondérance de preuve»); cette norme est conforme à l'intention des signataires de la Convention, qui tenaient fermement à ce qu'aucune protection internationale ne soit offerte aux criminels de guerre. La norme de preuve requise n'est pertinente en droit que lorsque le tribunal est appelé à rendre des décisions qui peuvent être qualifiées de questions de fait. La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil n'est pas pertinente lorsque la question examinée est essentiellement une question de droit. Par exemple, les questions de savoir si l'appelant ou des membres de son peloton ont tué des civils ou si l'appelant a monté la garde pendant qu'un prisonnier était torturé sont des questions de fait. Mais la question de savoir si le meurtre de civils par le personnel militaire peut être qualifié de crime contre l'humanité est une question de droit qui doit être tranchée conformément aux principes juridiques plutôt que par référence à une norme de preuve.

3) Si la crédibilité du demandeur est en cause, la Commission est tenue de motiver sa conclusion dans des termes clairs et nets. Dans la présente affaire, la crédibilité de l'appelant n'a été mise en doute que dans trois cas où la Commission a décelé des incompatibilités ou des contradictions. La preuve qui porte sur la crainte bien fondée de l'appelant d'être persécuté, compte tenu des incompatibilités décelées par la Commission, n'était pas déterminante. Il n'y a, à l'exception de la Fiche de renseignements personnels (FRP), aucune autre preuve qui étaye la conclusion de la Commission que l'appelant était impliqué, directement ou indirectement, dans le meurtre de civils. Il ne peut être accordé que peu ou pas de poids à la FRP en ce qui concerne la participation de l'appelant à ce qui peut par ailleurs être clairement reconnu comme un crime contre

by itself did not meet the "serious reasons for considering" standard. All of the appellant's evidence was internally consistent. His testimony did not, by any stretch of the imagination, render it "pellucidly clear" that either himself or his platoon was involved in the killing of civilians during the twenty-day period. Nor could it be said that the evidence was "overwhelm-

4) Mere membership in an organization involved in international offences is not sufficient basis on which to invoke the exclusion clause. Therefore, the appellant's membership in a military organization responsible for inhumane acts against members of the civilian population was not, in and of itself, sufficient justification for invoking the exclusion clause. In other words, the appellant could not be found "guilty by association". The question whether the appellant's participation as a guard in the torture of a prisoner was a sufficient basis to deem him an "accomplice" and therefore subject to the application of the exclusion clause is premised upon the understanding that an "accomplice" is as culpable as the "principal". The appellant's acts or omissions would not be sufficient to attract criminal liability as a matter of law. He did not possess any prior knowledge of the acts of torture to be perpetrated. Nor could it be said that he rendered any direct assistance or encouraged his superior officers in the commission of an international crime. Acts or omissions amounting to passive acquiescence are not a sufficient basis for invoking the exclusion clause. Personal involvement in persecutorial acts must be established. A person forcibly conscripted into the military, and who on one occasion witnessed the torture of a prisoner while on assigned guard duty, cannot be considered at law to have committed a crime against humanity. There was no evidence supporting the existence of a shared common purpose as between "principal" and "accomplice". The evidence did establish that the appellant disassociated himself from the actual perpetrators by deserting the army within a relatively short period after his forceable enlistment. His presence at the scene of the crime was tantamount to an act of passive acquiescence. The requisite element of *mens rea* was lacking. There was no legal basis on which to rest the application of the exclusion clause.

5) There are three reasons why the Board should have made a determination with respect to the appellant's refugee claim notwithstanding its decision to apply the exclusion clause. First, as a practical matter, it is extremely difficult to separate the grounds on which a claimant bases his or her refugee claim from the circumstances which might give rise to the application of the exclusion clause. Second, in the event that the Board erred with respect to the application of the exclusion clause but also ruled on the application of the inclusion clause, it may be unnecessary to refer the matter back to the Board. Third, it may well be that, in cases of spousal and dependent refugee claims, the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause.

l'humanité. À elle seule la FRP ne satisfait pas à la norme relative aux «raisons sérieuses de penser». Le témoignage de l'appelant était logique en lui-même. Même en faisant un grand effort d'imagination, il n'est pas «parfaitement clair» selon le témoignage que l'appelant ou son peloton étaient impliqués dans le meurtre de civils au cours de la période de vingt jours. On ne peut non plus affirmer que la preuve était «accablante».

4) La simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d'invoquer la disposition d'exclusion. Par conséquent, l'appartenance de l'appelant à une organisation militaire qui commet des actes inhumains envers la population civile ne suffit pas en elle-même pour que l'on puisse invoquer la disposition d'exclusion. En d'autres termes, l'appelant n'est pas «coupable par association». La question de savoir si la participation de l'appelant à titre de gardien au cours de la torture d'un prisonnier permet de présumer qu'il était un «complice», et qu'il est de ce fait visé par l'application de la disposition d'exclusion, suppose que l'on convienne que le «complice» est aussi coupable que l'«auteur». Les actes ou omissions de l'appelant ne suffiraient pas en droit pour entraîner sa responsabilité criminelle. L'appelant n'avait aucune connaissance préalable des actes de torture qui devaient être perpétrés. On ne peut non plus affirmer qu'il a aidé directement ses officiers supérieurs ou les a encouragés à perpétrer un crime international. Les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d'invoquer la disposition d'exclusion. Il faut établir une participation personnelle aux actes de persécution. Une personne recrutée contre son gré dans l'armée, et qui à une occasion a été témoin de la torture d'un prisonnier alors qu'elle était affectée à la garde de celui-ci, ne peut être considérée en droit comme ayant commis un crime contre l'humanité. Il n'y avait aucune preuve étayant l'existence d'un dessein commun, comme celui que partagent l'«auteur» et le «complice». La preuve établit en fait que l'appelant s'est dissocié des véritables auteurs en désertant l'armée dans un délai plutôt bref après avoir été recruté contre son gré. Sa présence sur les lieux du crime équivaut à un acte d'acquiescement passif. L'élément de *mens rea* requis fait tout simplement défaut. Il n'y a aucun fondement juridique sur lequel puisse se fonder l'application de la disposition d'exclusion.

5) Il aurait été préférable que la Commission se prononce à l'égard de la revendication du statut de réfugié de l'appelant malgré sa décision d'appliquer la disposition d'exclusion, et ce, pour trois raisons. D'une part, du point de vue pratique, il est extrêmement difficile de distinguer les motifs sur lesquels le demandeur fonde sa revendication du statut de réfugié des circonstances qui pourraient entraîner l'application de la disposition d'exclusion. D'autre part, si la Commission commet une erreur relativement à l'application de la disposition d'exclusion, mais qu'elle se prononce également sur l'application de la disposition d'inclusion, il peut être inutile de lui renvoyer l'affaire. Enfin, il se peut fort bien que, dans le cas des revendications de statut de réfugié d'un conjoint et d'une personne à charge, la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion.

6) The Board erred in law in concluding that, as the female appellant's claim was made dependent on that of her husband, it too should fail as a result of the application of the exclusion clause. Had the Board determined that the male appellant would have been declared a Convention refugee but for the exclusion clause and had it been correct in so determining, there would have been no legal justification for denying the female appellant's claim. The issue of whether there are "serious reasons for considering" that a claimant has committed crimes against humanity has no bearing on the refugee claim of a spouse and dependants who have neither directly nor indirectly participated in such crimes. The Board erred in law by failing to determine whether, for the purpose of evaluating the female appellant's dependant refugee claim, the male appellant would have been declared a Convention refugee.

6) La Commission a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que, la revendication de l'appelante ayant été faite en fonction de celle de son époux, elle devrait également être rejetée du fait de l'application de la disposition d'exclusion. Si la Commission avait décidé que l'appelant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été l'applicabilité de la disposition d'exclusion et si elle n'avait commis aucune erreur à cet égard, il n'y aurait aucun motif juridique justifiant de rejeter la revendication de l'appelante. La question de savoir s'il existe des «raisons sérieuses de penser» que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité n'a aucun rapport avec la revendication du statut de réfugié de la conjointe et des personnes à charge qui n'ont jamais participé, directement ou indirectement, à de tels crimes. La Commission a commis une erreur de droit en ne décidant pas si, pour les fins de l'appréciation de la revendication du statut de réfugié de l'appelante à titre de personne à charge, l'appelant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.
Immigration Act, R.S.C. 1970, c. I-2, s. 5(f).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1 (F).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Dunlop and Sylvester v. The Queen, [1979] 2 S.C.R. 881; (1979), 27 N.R. 153; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; (1987), 68 Nfld & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161.

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.) (as to degree of complicity and standard of proof); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986).

DISTINGUISHED:

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.) (as to facts relevant to the appellant's refugee claim).

CONSIDERED:

Attorney General of Canada v. Jolly, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1 (F).
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1970, ch. I-2, art. 5(f).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Dunlop et Sylvester c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 881; (1979), 27 N.R. 153; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; (1987), 68 Nfld & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.) (quant au degré de complicité et à la norme de preuve); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.) (quant aux faits pertinents relativement à la revendication du statut de réfugié de l'appelant).

DÉCISION EXAMINÉE:

Le procureur général du Canada c. Jolly, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).

REFERRED TO:

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.); *Re K. (Y.P.)*, [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.) (also referred to as *Sivakumar v. M.E.I.*); *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981); *Ababio v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174; 90 N.R. 28 (F.C.A.); *Rahman v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.A.); *Armson v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150; 101 N.R. 372 (F.C.A.); *Sebaratnam v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264; 131 N.R. 158 (F.C.A.); *Hilo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.); *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985); *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.); *Cruz v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (I.A.B.); *Ummamed v. M.E.I.*, T89-00198, decision dated 11/7/89, I.R.B. (Ref. Div.), not reported; *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.); *Djama v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-738-90, Marceau J.A., judgment dated 5/6/92, F.C.A., not yet reported; *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51; 129 N.R. 396 (F.C.A.); *Velose*, 79-1017, decision dated 24/8/79, I.A.B., not reported; *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-266-91, Marceau, Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 13/5/93, F.C.A., not yet reported; *Giraud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1080-82, decision dated 10/11/82, F.C.A., no reasons rendered.

AUTHORS CITED

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Jaffe, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action*. Boston: Little, Brown and Co., 1965.

Salmond on Jurisprudence, 12th ed. by P.J. Fitzgerald. London: Sweet & Maxwell, 1966.

United Nations High Commissioner for Refugees Legal Project in Canada, Paper 5.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.); *Re K. (Y.P.)*, [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.) (également cité sous *Sivakumar c. M.E.I.*); *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981); *Ababio c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174; 90 N.R. 28 (C.A.F.); *Rahman c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (C.A.F.); *Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150; 101 N.R. 372 (C.A.F.); *Sebaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264; 131 N.R. 158 (C.A.F.); *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Musial c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985); *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1^{re} inst.); *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (C.A.I.); *Personne non nommée c. M.E.I.*, T89-00198, décision en date du 11-7-89, C.I.S.R. (S.S.R.), inédite; *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.); *Djama c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-738-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-6-92, C.A.F., encore inédit; *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51; 129 N.R. 396 (C.A.F.); *Velose*, 79-1017, décision en date du 24-8-79, C.A.I., inédite; *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-266-91, juges Marceau, Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-5-93, C.A.F., encore inédit; *Giraud c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-1080-82, décision en date du 10-11-82, C.A.F., aucun motif prononcé.

DOCTRINE

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés Legal Project in Canada, document 5.

Jaffe, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action*. Boston: Little, Brown and Co., 1965.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à*

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1988.

Wade, H.W.R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: a Clarendon Press, 1988.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992.

appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés. Genève, septembre 1979.

Salmond on Jurisprudence, 12th ed. by P.J. Fitzgerald. London: Sweet & Maxwell, 1966.

Wade, H.W.R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a decision of the Immigration and Refugee Board ([1991] C.R.D.D. No. 783 (Q.L.)) rejecting the appellants' refugee claims because of the applicability of the exclusion clause contained in the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. Appeal allowed.

^b APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ([1991] D.S.S.R. No. 783 (Q.L.)) qui a rejeté les revendications du statut de réfugié des appelants en raison de l'applicabilité de la disposition d'exclusion attachée à la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Appel accueilli.

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for appellants.
Claire A. Le Riche for respondent.

AVOCATS:

^d *Barbara L. Jackman* pour les appelants.
Claire A. Le Riche pour l'intimé.

SOLICITORS:

Hoppe, Jackman, Toronto, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

^e *Hoppe, Jackman*, Toronto, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

ROBERTSON J.A.: This appeal is from a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the "Board") [[1991] C.R.D.D. No. 783 (Q.L.)] rejecting the refugee claims of the appellants, citizens of El Salvador, because of the applicability of the exclusion clause appended to the definition of "Convention refugee". That definition is set out in subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended ^h R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1, (the "Act") and reads as follows:

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission») [[1991] D.S.S.R. n° 783 (Q.L.)] a rejeté les revendications du statut de réfugié des appelants, citoyens du Salvador, en raison de l'applicabilité de la disposition d'exclusion attachée à la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention». Cette définition figure au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifié par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1, (la «Loi»), dont voici le libellé:

2. . . .

ⁱ 2. . . .

"Convention refugee" means any person who

ⁱ «réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act; [Emphasis added.]

The relevant part of section F of Article 1 of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951 [1969] Can. T.S. No. 6] provides:

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; [Emphasis added.]

The application of the exclusion clause was premised on the Board's finding that there were "serious reasons for considering" that Mr. Moreno (the "appellant") had committed crimes against humanity during the four months he served in the Salvadoran army. The degree of complicity and the standard of proof which would justify the exclusion of those who might otherwise be declared Convention refugees are matters of fundamental significance to this appeal.

FACTS

In early January, 1988, the appellant, having just completed grade nine, was forcibly recruited into the Salvadoran army. He was sixteen years old. The appellant spent three of his four months of service immersed in the army's training program. Throughout this training period he was regularly assigned to general guard duty. On one such occasion, he was required to stand watch outside of a prisoner's cell—a cell to which the appellant had not been given a key. Near the end of his watch, two armed lieutenants arrived and began to interrogate the prisoner. The prisoner's failure to provide suitable responses to questions posed by his interrogators resulted in acts of torture. The prisoner's fingertips were sliced, portions of his ears were removed and his cheek slashed.

(ii) soit si elle n'a pas de nationalité et se trouvent hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2);

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi; [C'est moi qui souligne.]

La partie pertinente de la section F de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] prévoit ce qui 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; [C'est moi qui souligne.]

L'application de la disposition d'exclusion se fonde sur la conclusion de la Commission qu'il existait «des raisons sérieuses de penser» que M. Moreno (l'«appellant») avait commis des crimes contre l'humanité au cours de son service de quatre mois dans l'armée salvadorienne. Le degré de complicité et la norme de preuve qui justifieraient l'exclusion de ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention ont une importance fondamentale dans le présent appel.

LES FAITS

Au début de janvier 1988, l'appellant, qui venait de terminer sa neuvième année, a été recruté contre son gré dans l'armée salvadorienne. Il avait alors seize ans. L'appellant a consacré trois de ses quatre mois de service au programme d'entraînement de l'armée. Pendant son entraînement, il a été régulièrement affecté à des fonctions générales de garde. Il lui est alors arrivé à une occasion de devoir monter la garde à l'extérieur de la cellule d'un prisonnier, cellule dont on ne lui avait pas confié la clef. Vers la fin de son tour de garde, deux lieutenants armés sont arrivés et ont commencé à interroger le prisonnier. Ce dernier ne répondant pas de façon jugée acceptable aux questions qui lui étaient posées, il fut torturé par ses interrogateurs. Le bout de ses doigts a été coupé, des par-

The appellant witnessed these acts but rendered no assistance. The appellant testified that he believed he would have been killed had he done so. He learned from other recruits that the prisoner had been taken away later that night and killed.

Following the expiration of the three-month training period, the appellant went home on a two-day leave of absence. Upon his return to military service, he participated in five armed confrontations with guerrilla forces over a twenty-day period. It is common ground that, as part of their military training, recruits pledge their willingness to kill all guerrillas, as well as civilians believed to be guerrilla supporters. The appellant testified that a failure to respond accordingly would have resulted in his death.

Immediately following the military campaign against guerrilla forces, the appellant was granted a three-day leave. He returned home to find that money which he had requested from his siblings in the United States had arrived. On the next day, May 5, 1988, the appellant deserted the army and together with his pregnant wife fled El Salvador. He was then seventeen years old.

The appellant challenges the remaining findings relevant to this appeal. The Board found two inconsistencies in the appellant's testimony concerning the timing of his decision to desert the army and his reasons for doing so. The Board also concluded that during the confrontations with guerrilla forces the appellant, either alone or in concert with members of his platoon, participated in the killing of civilians. These matters are dealt with below.

THE BOARD'S DECISION

The Board condemned the appellant's failure to assist the prisoner in the following terms (Appeal Book, at page 242):

He showed no mercy to those whose misfortune it was to be captured. He stood in silence and witnessed the horrors of torture being administered to prisoners who were shot after their interrogation had ended.

This determination, together with the finding that the appellant had either killed or participated in the killing of civilians, led the Board to conclude that the

ties de ses oreilles ont été tranchées et sa joue a été tailladée. L'appelant a été témoin de ces actes, et il n'a offert aucun secours. Il a témoigné qu'il croyait qu'il aurait été tué s'il avait tenté de s'interposer. Il a appris des autres recrues que, plus tard cette nuit-là, le prisonnier avait été amené et tué.

À l'expiration de la période d'entraînement de trois mois, l'appelant, qui bénéficiait d'une permission de deux jours, est retourné chez lui. À son retour dans l'armée, il a participé pendant une période de vingt jours à cinq affrontements armés contre les forces de la guérilla. Chacun sait que, dans le cadre de leur entraînement militaire, les recrues jurent de tuer tous les guérilleros, de même que les civils que l'on soupçonne en être partisans. L'appelant a témoigné que, s'il n'avait pas agi de la sorte, il aurait été tué.

Immédiatement après la campagne militaire contre les forces de la guérilla, l'appelant a reçu une permission de trois jours. De retour chez lui, il a constaté que l'aide financière qu'il avait demandée à ses frère et sœur aux États-Unis lui était parvenue. Le jour suivant, soit le 5 mai 1988, l'appelant a déserté l'armée et, en compagnie de son épouse alors enceinte, il a fui le Salvador. Il était âgé de dix-sept ans.

L'appelant conteste les autres conclusions qui sont pertinentes quant au présent appel. La Commission a décelé dans le témoignage de l'appelant deux incompatibilités concernant le moment où il a décidé de désertier l'armée et les motifs qui l'ont animé. La Commission a également conclu qu'au cours des affrontements avec les forces de la guérilla, l'appelant, soit seul ou en compagnie d'autres membres de son peloton, a participé aux meurtres de civils. Ces points seront étudiés plus loin.

LA DÉCISION DE LA COMMISSION

La Commission a, dans les termes suivants, reproché à l'appelant de ne pas être venu en aide au prisonnier (dossier d'appel, page 242):

Le demandeur n'a démontré aucune pitié pour ceux qui ont eu la malchance d'être capturés. Il a gardé le silence et a été témoin des horribles tortures qui ont été infligées aux prisonniers, qui étaient exécutés après leur interrogatoire.

Cette conclusion, jointe à celle que l'appelant avait soit tué des civils, soit participé à leur meurtre, a amené la Commission à conclure que l'appelant est

appellant is a person to whom the definition of Convention refugee does not apply (Appeal Book, at page 240):

Although the claimant attempted to deny his participation in atrocities against civilians, it is pellucidly clear from his testimony . . . that he was actively engaged in the killing of civilians . . .

And at page 242:

The evidence is overwhelming that the claimant participated in military activities not permissible by international law.

The Board made no express finding as to whether the appellant would have been declared a Convention refugee were it not for the application of the exclusion clause. It did conclude, however, that it was unnecessary for it to balance the nature of the crimes against humanity committed by the appellant against the fate that awaited him and his spouse if returned to El Salvador. Its reasoning on this point is succinct (Appeal Book, at page 241):

There is no discretionary power conferred on the Refugee Division to weigh the nature of the offence under consideration with the fate of the claimant, however grave, should he return to his country.

With respect to the refugee claim of the appellant's spouse, Ms. Sanchez (the "female appellant"), the Board noted that she had not advanced any grounds of persecution independent of those advanced by her spouse. Accordingly, it reasoned that the exclusion clause also applied to her refugee claim. As the arguments underscoring her appeal did not mirror those of her spouse, they will be considered separately.

ISSUES

Thirteen issues were raised in written submissions. Virtually all were thoroughly canvassed by counsel during the two-day hearing. The following, in my view, represent those salient to the disposition of this appeal.

(A) Did the Board err in law by failing to adopt a narrow construction of the exclusion clause?

une personne à laquelle la définition de réfugié au sens de la Convention ne s'applique pas (dossier d'appel, page 240):

Bien que le demandeur ait essayé de nier sa participation aux atrocités commises à l'endroit des civils, selon son témoignage, il est parfaitement clair . . . qu'il avait participé de façon active au massacre des civils . . .

Et à la page 242:

Il existe une preuve accablante de la participation du demandeur à des activités militaires qui ne sont pas permises en vertu du droit international.

La Commission n'a tiré aucune conclusion expresse quant à savoir si l'appellant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été de l'application de la disposition d'exclusion. Elle a toutefois conclu qu'il n'y avait pas lieu d'apprécier la nature des crimes contre l'humanité commis par l'appellant par rapport au sort qui les attendait, lui et son épouse, s'ils devaient retourner au Salvador. Son raisonnement à cet égard est succinct (dossier d'appel, page 241):

La Section du statut de réfugié n'a aucun pouvoir discrétionnaire pour évaluer la nature d'une offense en prenant en considération le sort du demandeur quelle que soit la gravité de sa situation s'il devait retourner dans son pays.

En ce qui concerne la revendication du statut de réfugié de l'épouse de l'appellant, Mme Sanchez (l'«appelante»), la Commission a signalé que celle-ci n'avait allégué aucun motif de persécution distinct de ceux allégués par son époux. Elle a par conséquent conclu que la disposition d'exclusion s'appliquait également à la revendication du statut de réfugié de l'appelante. Les moyens soulevés à l'appui de l'appel de cette dernière n'étant pas identiques à ceux de son époux, ils seront considérés séparément.

QUESTIONS EN LITIGE

Treize questions ont été soulevées dans les observations écrites. Presque toutes ont été débattues en détail par les avocates au cours de l'audience, qui a duré deux jours. Celles qui suivent représentent à mon avis les questions les plus fondamentales quant à l'issue du présent appel.

A) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'interprétant pas de façon restrictive la disposition d'exclusion?

The thrust of the appellant's argument is that the Board, and this Court, should construe narrowly the exclusion clause in view of the possible persecution awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees. I recognize that this view is echoed by all of the leading commentators and reinforced in the UNHCR Handbook; see Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (Geneva, January 1988) paragraph 149, page 35; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pages 61-62 (referred to in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.), per Marceau J.A., at pages 607-608); Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, Toronto: Butterworths, 1992, at page 8.108; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, pages 214-217; see also UNHCR *Legal Project in Canada*, Paper 5, paragraph 16, page 4.

As persuasive as the commentaries may be, I am bound to approach the application of the exclusion clause, first, by reference to the existing jurisprudence of this Court and, second, by reference to the clear intent of the signatories to the Convention. Where, however, there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

(B) Did the Board err in law by failing to apply the proper standard of proof?

The appellants argue that the Board erred by "failing to apply a standard of proof appropriate to the gravity of the consequences of the allegations of criminal conduct." In effect, the appellants have extended an indirect invitation to revisit a decision of this Court which they believe establishes a standard of proof antagonistic to the interests of refugee claimants confronted with the possible application of the exclusion clause. Our task is to set out that standard, determine the extent to which it is relevant to the appeal at hand and apply it accordingly.

À l'appui de sa prétention, l'appelant soutient que la Commission et cette Cour devraient interpréter de façon restrictive la disposition d'exclusion, étant donné le risque de persécution auquel sont soumis ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention. Je reconnais que cette opinion est partagée par tous les auteurs reconnus et renforcée par le Guide du HCNUR; voir Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, septembre 1979) paragraphe 149, page 35; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pages 61 et 62 (cité dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.), motifs du juge Marceau, J.C.A. aux pages 607 et 608); Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, Toronto: Butterworths, 1992, page 8.108; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, pages 214 à 217; voir également HCNUR *Legal Project in Canada*, document 5, paragraphe 16, page 4.

Quelque convaincants que puissent être les commentaires, je suis tenu de considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte, tout d'abord, de la jurisprudence de cette Cour, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsque, par contre, il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

B) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'appliquant pas la norme de preuve appropriée?

Les appellants soutiennent que la Commission a commis une erreur en [TRADUCTION] «n'appliquant pas une norme de preuve conforme à la gravité des conséquences des allégations d'un comportement criminel». De fait, les appellants nous ont indirectement invités à revoir une décision de cette Cour qui, selon eux, établit une norme de preuve contraire aux intérêts des demandeurs du statut de réfugié se heurtant à l'application possible de la disposition d'exclusion. Notre tâche consiste à établir cette norme, à déterminer la mesure dans laquelle elle est pertinente quant à l'appel en question et à l'appliquer en conséquence.

It is universally accepted that the applicability of the exclusion clause does not depend on whether a claimant has been charged or convicted of the acts set out in the Convention. The Minister's burden is merely to meet the standard of proof embraced by the term "serious reasons for considering". In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), this Court canvassed this aspect of refugee law and concluded that the standard was one well below that required under either the criminal law ("beyond a reasonable doubt") or the civil law ("on a balance of probabilities" or "preponderance of evidence"). Writing on behalf of the Court, MacGuigan J.A. reasoned (at pages 311-314):

The words "serious reasons for considering" also, I believe, must be taken, as was contended by the respondent, to establish a lower standard of proof than the balance of probabilities. The respondent indeed argued that "serious reasons for considering" should have the same meaning as the phrase "reasonable grounds to believe," which is used again and again in section 19 of the Act with respect to inadmissible classes of persons. The most closely related class is that described in paragraph 19(1)(f) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3], which applies generally to all immigration claimants:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(f) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity. . . .

The same result is provided for by paragraphs 27(1)(g) and (h) for persons who are already permanent residents, and by subparagraph 46.01(1)(d)(i) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] for persons who claim to be Convention refugees: both of these latter provisions merely refer to persons described in paragraph 19(1)(f), and so incorporate the notion of "reasonable grounds to believe."

While I see no great difference between the phrases "serious reasons for considering" and "reasonable grounds to believe," I find no necessity exactly to equate the one with the other, although I believe both require less than the balance of probabilities. "Serious reasons for considering" is the Convention phrase and is intelligible on its own. Nevertheless, the comparison with paragraph 19(1)(f) shows that Parliament was prepared to contemplate a standard lower than the usual civil standard in this kind of case. Moreover, it also leads me to think that it would be extremely awkward to place one stan-

Il est universellement reconnu que l'applicabilité de la disposition d'exclusion ne repose pas sur la question de savoir si le demandeur a été accusé ou déclaré coupable des actes prévus dans la Convention. Le ministre doit seulement se conformer à la norme de preuve comprise dans l'expression «raisons sérieuses de penser». Dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), cette Cour a examiné minutieusement cet aspect du droit relatif aux réfugiés avant de conclure que la norme était bien inférieure à celle qui est requise dans la cadre du droit criminel («hors de tout doute raisonnable») ou du droit civil («selon la prépondérance des probabilités» ou «prépondérance de preuve»). S'exprimant au nom de la Cour, le juge MacGuigan, J.C.A. a tenu le raisonnement suivant (aux pages 311 à 314):

Je crois aussi, comme l'intimé l'a soutenu, que les mots «raisons sérieuses de penser» ont pour effet d'établir une norme de preuve moindre que la prépondérance des probabilités. L'intimé a effectivement soutenu que cette expression avait le même sens que les mots «dont on peut penser, pour des motifs raisonnables» qui sont constamment utilisés à l'article 19 de la Loi à propos des catégories de personnes non admissibles. La catégorie la plus pertinente est celle qui est décrite à l'alinéa 19(1)f) [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3], lequel s'applique de façon générale à tous les demandeurs en matière d'immigration:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité . . .

D'autres dispositions de la Loi aboutissent au même résultat: les alinéas 27(1)g) et h), pour ce qui est des personnes qui sont déjà résidents permanents, et le sous-alinéa 46.01(1)d)(i) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14], pour celles qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention. Ces dispositions font simplement mention des personnes visées à l'alinéa 19(1)f) et incorporent, de ce fait, la notion de «motifs raisonnables».

Il ne me semble pas y avoir de différences importantes entre les mots «raisons sérieuses de penser» et «dont on peut penser, pour des motifs raisonnables» et, du reste, je ne crois pas qu'il faille établir un parallèle exact entre les deux expressions. J'estime toutefois qu'elles exigent toutes deux une norme moindre que la prépondérance de preuve. Les mots «raisons sérieuses de penser» sont ceux qu'emploie la Convention; leur sens est évident. Cependant, on voit, lorsqu'on les compare avec l'alinéa 19(1)f), que le Parlement était prêt à envisager, pour ce type de cas, une norme moins exigeante que la norme civile

dard at the ordinary civil level, and another, for what is essentially the same thing, at a lower level.

Therefore, although the appellant relied on several international authorities which emphasize that the interpretation of the exclusion clause must be restrictive, it would nevertheless appear that, in the aftermath of Second World War atrocities, the signatory states of this 1951 Convention intended to preserve for themselves a wide power of exclusion from refugee status where perpetrators of international crimes are concerned.

For all of these reasons, the Canadian approach requires that the burden of proof be on the Government, as well as being on a basis of less than the balance of probabilities.

The “less-than-civil-law” standard referred to in *Ramirez* is consistent with the intent of the signatories to the Convention who were adamant that international protection be unavailable to war criminals; see generally Hathaway, *supra*, at pages 214-217. However, it may well be that in strict legal theory the exclusion clause should be construed as erecting a threshold test to be met by the Minister rather than prescribing a standard of proof *per se*. This view was advanced in *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.), an earlier decision of this Court, which considered an analogous provision of the *Immigration Act* then in force.

In *Jolly*, the respondent sought judicial review of a deportation order issued by the Immigration Appeal Board pursuant to paragraph 5(l) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2. That provision denied admission to persons who were members of organizations which the Minister had “reasonable grounds for believing” were “subversive”.¹ The Board imposed upon the Minister the burden of proving that the Black Panther Party was a subversive organization. On appeal, this Court rejected the inference that

¹ I take it that no substantive distinction exists between the terms “reasonable grounds for believing” and “serious reasons for considering”. In *Ramirez* (at pp. 311-312) the Court referred to other provisions of the Act, which also exclude certain persons when there are “reasonable grounds to believe” and concluded that there was “no great difference” between the two phrases.

habituelle. Cette comparaison nous amène en outre à penser qu’il serait extrêmement embarrassant d’exiger d’un côté une norme civile ordinaire et de l’autre, pour ce qui constitue essentiellement la même chose, une norme inférieure.

Par conséquent, en dépit des nombreuses décisions internationales citées par l’appelant, qui insistaient sur la nécessité de donner une interprétation restrictive à la disposition d’exclusion, il appert qu’à la suite des atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale, les États signataires de la Convention de 1951 ont voulu se réserver un vaste pouvoir d’exclusion du statut de réfugié à l’égard des auteurs de crimes internationaux.

Pour toutes ces raisons, la procédure appliquée au Canada exige que le gouvernement assume la charge de la preuve et que la norme de preuve soit moindre que la prépondérance des probabilités.

La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil invoquée dans l’affaire *Ramirez* est conforme à l’intention des signataires de la Convention qui tenaient fermement à ce qu’aucune protection internationale ne soit offerte aux criminels de guerre; voir en général Hathaway, précité, aux pages 214 à 217. Toutefois, il se peut fort bien qu’en théorie stricte de droit, il faille considérer que la disposition d’exclusion établit un critère préliminaire que le ministre doit respecter plutôt qu’elle ne prescrit une norme de preuve en soi. Cette opinion a été exprimée dans l’arrêt *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.), une décision antérieure de cette Cour qui portait sur une disposition analogue de la *Loi sur l’immigration* alors en vigueur.

Dans l’arrêt *Jolly*, l’intimé demandait le contrôle judiciaire d’une mesure d’expulsion prise par la Commission d’appel de l’immigration conformément à l’alinéa 5l) de la *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-2. La disposition en question refusait l’admission aux personnes qui étaient membres d’organisations à l’égard desquelles le ministre avait «des motifs raisonnables de penser» qu’elles étaient «subversives»¹. La Commission a imposé au ministre l’obligation de prouver que le parti des Panthères

¹ J’estime qu’il n’y a aucune distinction fondamentale entre les expressions «il y a raisonnablement lieu de croire» et «des raisons sérieuses de penser». Dans l’arrêt *Ramirez* (aux p. 311 et 312) la Cour renvoyait à d’autres dispositions de la Loi, qui excluent également certaines personnes lorsque l’«on peut penser, pour des motifs raisonnables», et elle a conclu qu’il n’y avait pas «de différences importantes» entre les deux expressions.

paragraph 5(l) was intended to impose a standard of proof. At page 228, Thurlow J. [as he then was] concluded:

With respect, this, in my opinion, is misdirection. Subsection 5(l) does not prescribe a standard of proof but a test to be applied for determining admissibility of an alien to Canada, and the question to be decided was whether there were reasonable grounds for believing, etc., and not the fact itself of advocating subversion by force, etc. No doubt one way of showing that there are no reasonable grounds for believing a fact is to show that the fact itself does not exist. [Emphasis added.]

The Court's analysis in *Jolly* is also instrumental in setting out the relationship between a standard of proof *per se* and the threshold test imposed by the Act. The legal discussion was induced by the Minister's argument that the Board answered the wrong question. He argued that the Act only required "reasonable grounds for believing" that the Black Panther Party was a subversive organization. At pages 225-226, Thurlow J. stated:

This brings me to the appellant's second submission, that the Board erred in answering the wrong question and not determining the question that is posed by subsection 5(l). It appears to me to be implicit in a finding that an organization in fact advocated subversion by force, etc., as the Special Inquiry Officer found, that there must be reasonable grounds for believing that it was such an organization. Conversely, a finding that, on the evidence before the Board, on balance of probabilities the Black Panther Party was not an organization that at the material times advocated subversion by force, etc., in my opinion, implies that on balance there are not reasonable grounds for believing the Party to have been such an organization. But where the fact to be ascertained on the evidence is whether there are reasonable grounds for such a belief, rather than the existence of the fact itself, it seems to me that to require proof of the fact itself and proceed to determine whether it has been established is to demand proof of a different fact from that required to be ascertained. It seems to me that the use by the statute of the expression "reasonable grounds for believing" implies that the fact itself need not be established and that evidence which falls short of proving the subversive character of the organization will be sufficient if it is enough to show reasonable grounds for believing that the organization is one that advocates subversion by force, etc. In a close case the failure to observe this distinction and to resolve the precise question dictated by the statutory wording can account for a difference in the result of an inquiry or an appeal.

Noires était une organisation de ce genre. En appel, cette Cour a rejeté la conclusion que l'alinéa 5l) visait à imposer une norme de preuve. À la page 228, le juge Thurlow [tel était alors son titre] a conclu ceci:

En toute déférence, cette conception est à mon avis erronée. Le paragraphe 5l) ne prévoit pas un type de preuve mais un critère à appliquer pour déterminer l'admissibilité d'un étranger au Canada, et la question à trancher consistait à déterminer s'il y avait raisonnablement lieu de croire qu'on préconisait le renversement par la force, etc., et non pas si on le préconisait effectivement, etc. Indubitablement, apporter la preuve de l'inexistence d'un fait constitue une façon de démontrer qu'il n'y a pas raisonnablement lieu de croire en l'existence de ce fait. [C'est moi qui souligne.]

L'analyse de la Cour dans l'arrêt *Jolly* a aussi contribué à déterminer la relation entre une norme de preuve en soi et le critère préliminaire imposé par la Loi. L'analyse juridique a été nécessitée par la prétention du ministre que la Commission n'avait pas répondu à la bonne question. Il a soutenu que la Loi exigeait simplement de «penser, pour des motifs raisonnables» que le parti des Panthères Noires était une organisation subversive. Aux pages 225 et 226, le juge Thurlow a déclaré ceci:

Cela m'amène à examiner la seconde prétention de l'appellant selon laquelle la Commission a commis une erreur en ne répondant pas à la bonne question et en ne tranchant pas la question posée par le paragraphe 5l). Il me semble qu'une conclusion, comme celle de l'enquêteur spécial, selon laquelle une organisation a en fait préconisé le renversement par la force, etc., implique qu'il y a raisonnablement lieu de croire qu'il s'agissait bien d'une organisation de ce type. Inversement, une conclusion selon laquelle, d'après la preuve soumise à la Commission, le parti des Panthères Noires n'était pas, selon toute vraisemblance, une organisation qui, aux époques en cause, préconisait le renversement par la force, etc., implique, à mon sens, selon toutes probabilités, qu'il n'y a pas raisonnablement lieu de croire que le parti relève d'une telle organisation. Toutefois, lorsque la preuve a pour but d'établir s'il y a raisonnablement lieu de croire que le fait existe et non d'établir l'existence du fait lui-même, il me semble qu'exiger la preuve du fait lui-même et en arriver à déterminer s'il a été établi, revient à demander la preuve d'un fait différent de celui qu'il faut établir. Il me semble aussi que l'emploi dans la loi de l'expression «il y a raisonnablement lieu de croire» implique que le fait lui-même n'a pas besoin d'être établi et que la preuve qui ne parvient pas à établir le caractère subversif de l'organisation sera suffisante si elle démontre qu'il y a raisonnablement lieu de croire que cette organisation préconise le renversement par la force, etc. Dans une affaire dont la solution est incertaine, l'omission de faire cette distinction et de trancher la question précise dictée par le libellé de la loi peut expliquer la différence dans les résultats d'une enquête ou d'un appel.

Unfortunately, Mr. Justice Thurlow's perceptive analysis loses much of its relevance when placed in the context of refugee claims involving the application of the exclusion clause. Rarely has the Board been required to balance the claimant's evidence against that of the Minister as was required in *Jolly*. Typically, evidence of crimes against humanity comes from the oral and written testimony of the claimant.² Hence, the primary role of the Minister's representative has been to conduct intensive adversarial cross-examinations of refugee claimants. It is only in this artificial sense that ministerial "evidence" is balanced against that of the claimant. For this reason, nothing possibly turns on whether the term "serious reasons for considering" is described as a "standard of proof" or a "threshold test".

Strictly speaking, we are not concerned with establishing the innocence or guilt of the appellant. In this respect, *Ramirez* and *Jolly* are supportive of one another; both are *ad idem* that proof of a fact on a balance of probabilities is not required. However, not all exclusion clause issues can be resolved by reference to the "less-than-civil-law" standard.

In my opinion, the requisite standard of proof comes into legal play only when the tribunal is called on to make determinations which can be classified as questions of fact. The "less-than-civil-law" standard is irrelevant when the issue being addressed is essentially a question of law. For purposes of application of the exclusion clause, it is sufficient if I outline briefly the basis on which I distinguish the two and my reasons for doing so.

A finding of fact has been described as a determination that a phenomenon has happened, is, or will be happening independent of or anterior to any determi-

² The only exception that I am aware of is *Sivakumar v. M.E.I.*, May 17, 1991, No. U91-02923 [Re K. (Y.P.)], [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.), where the Minister adduced independent evidence regarding the claimant's activities in Sri Lanka.

Malheureusement, l'analyse perspicace du juge Thurlow perd beaucoup de sa pertinence lorsqu'elle est placée dans le contexte des revendications du statut de réfugié qui donnent lieu à l'application de la disposition d'exclusion. Il est rarement arrivé que la Commission ait à évaluer la preuve du demandeur par rapport à celle du ministre comme il était nécessaire de le faire dans l'affaire *Jolly*. En général, la preuve des crimes contre l'humanité provient du témoignage verbal et écrit du demandeur de statut.² En conséquence, le rôle principal du représentant du ministre a consisté à soumettre les demandeurs du statut de réfugié à d'intensifs contre-interrogatoires de type accusatoire. Ce n'est que dans ce sens artificiel que la «preuve» du ministre est appréciée par rapport à celle du demandeur. Pour cette raison, rien ne peut reposer sur la question de savoir si l'expression «raisons sérieuses de penser» constitue une «norme de preuve» ou un «critère préliminaire».

Stricte ment parlant, ce n'est pas notre propos d'établir l'innocence ou la culpabilité de l'appelant. À cet égard, les arrêts *Ramirez* et *Jolly* s'appuient l'un et l'autre; tous deux conviennent qu'il n'y a pas lieu d'établir un fait selon la prépondérance des probabilités. Toutefois, ce ne sont pas toutes les questions mettant en cause les dispositions d'exclusion qui peuvent être tranchées par référence à la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil.

À mon avis, la norme de preuve requise n'est pertinente en droit que lorsque le tribunal est appelé à rendre des décisions qui peuvent être qualifiées de questions de fait. La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil n'est pas pertinente lorsque la question examinée est essentiellement une question de droit. Pour les fins de l'application de la disposition d'exclusion, il suffit que j'expose brièvement le fondement sur lequel j'établiss une distinction entre les deux formes de questions et mes raisons pour le faire.

On a défini la conclusion de fait comme la conclusion qu'un phénomène s'est produit, se produit ou se produira indépendamment de toute décision concer-

² La seule exception que je connaisse est l'arrêt *Sivakumar c. M.E.I.*, 17 mai 1991, n° U91-02923 [Re K. (Y.P.)], [1991] D.S.S.R. n° 672 (Q.L.) où le ministre a présenté une preuve indépendante concernant les activités du demandeur de statut au Sri Lanka.

nation as to its legal effects; see L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, at page 548. A question of law has been defined in many ways; see, for example, P. J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell, 1966, at page 10. Perhaps Professor Wade best describes the basis on which questions of law are readily distinguishable:

Questions of law must be distinguished from questions of fact, but this has been one of the situations where the rules have taken different forms under judicial manipulation.

The simpler and more logical doctrine has been recognised in many judgments. This is that matters of fact are the primary facts of the particular case which have to be established before the law can be applied, the 'facts which are observed by the witnesses and proved by testimony', to which should be added any facts of common knowledge of which the court will take notice without proof. Whether these facts, once established, satisfy some legal definition or requirement must be a question of law, for the question then is how to interpret and apply the law to those established facts. [See: Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988), at pp. 938-939.]

Support for the proposition that the standard of proof outlined in *Ramirez* and *Jolly* is only relevant to questions of fact, as described by Professor Wade, may be found in *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986). There, the issue for determination was whether there were "serious reasons for considering" that McMullen, a former member of the terrorist organization, Provisional Irish Republican Army (PIRA), had committed serious non-political crimes which rendered him subject to deportation. The Court stated (at page 599):

McMullen argues that there is no specific evidence linking him to any civilian-targeted terrorism by the PIRA, but only to arms shipments and the bombing of military installations, actions which he asserts are political crimes. We need not determine whether these admittedly violent acts are "political offenses," because we find that the BIA's conclusion that there were "serious reasons" to believe McMullen had participated in the unprotected, nonpolitical acts of violence aimed at civilians is supported by substantial evidence.

nant ses effets juridiques ou antérieurement à celle-ci; voir L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, à la page 548. La question de droit a, quant à elle, été définie de nombreuses façons; voir par exemple P. J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12^e éd., London: Sweet & Maxwell, 1966, à la page 10. C'est peut-être le professeur Wade qui définit le mieux le fondement sur lequel les questions de droit se distinguent nettement des questions de fait:

[TRADUCTION] Les questions de droit doivent être différenciées des questions de fait, mais il s'agit d'un cas où les règles ont pris différentes formes en raison de la manipulation judiciaire.

Selon la doctrine plus simple et plus logique reconnue dans de nombreux jugements, les questions de fait portent sur les faits principaux de l'affaire concernée, qui doivent être établis avant que soit appliqué le droit, soit les «faits qui sont observés par les témoins et établis par les témoignages», et auxquels devraient être ajoutés tous les faits qui sont de connaissance générale et dont la cour prendra connaissance d'office. La question de savoir si ces faits, une fois établis, répondent à une définition ou exigence juridique, doit être une question de droit puisqu'il s'agit alors de déterminer la façon d'interpréter et d'appliquer le droit aux faits établis. [Voir Wade, *Administrative Law*, 6^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988) aux pages 938 et 939.]

La proposition suivant laquelle la norme de preuve énoncée dans les arrêts *Ramirez* et *Jolly* n'est pertinente que relativement aux questions de fait, comme l'a indiqué le professeur Wade, trouve appui dans l'arrêt *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir s'il existait de «sérieuses raisons de penser» que McMullen, un ancien membre d'une organisation terroriste, l'Armée républicaine irlandaise provisoire (ARIP), avait commis des crimes non politiques graves, qui le rendaient susceptible d'expulsion. La Cour a dit (à la page 599):

[TRADUCTION] McMullen soutient qu'aucun élément de preuve explicite ne le relie à des actes de terrorisme commis par l'ARIP contre les civils, mais seulement à des expéditions d'armes et à l'attentat à la bombe d'installations militaires, des actes qui, soutient-il, sont des crimes politiques. Il n'y a pas lieu de déterminer si ces actes certes violents sont des «crimes politiques» puisque nous estimons que la conclusion de la Commission suivant laquelle il existe de «sérieuses raisons» de penser que McMullen avait participé aux actes de violence non protégés et non politiques contre des civils est appuyée par une preuve considérable.

The BIA need not find as a matter of fact that McMullen was directly involved in the unprotected acts, either beyond a reasonable doubt or by a preponderance of the evidence. Rather, the statute requires the BIA to find only “serious reasons for considering that [he] has committed” such acts. . . . Article 1(F) of the Convention has identical language. This language requires only probable cause. Once the conduct is determined to be a serious non-political crime, the Convention requires only a finding of probable cause to believe the alien has committed the crime in order to find “serious reasons.” [Emphasis added.]

In my view, the standard of proof envisaged by the exclusion clause was intended to serve an evidential function in circumstances where it is necessary to weigh competing evidence. It must not be permitted to overstep its legislated objective. In the present context, the standard of proof becomes relevant only in respect of the following questions of fact.

It is a question of fact whether the appellant or members of his platoon killed civilians. The standard of proof to be applied is that embodied in the term “serious reasons for considering”. Similarly, it is a question of fact whether the appellant stood guard during the torture of a prisoner. As that fact is admitted, the requisite standard of proof has been satisfied. That standard, however, has no bearing on the following determinations.

It is a question of law whether the act of killing civilians by military personnel can be classified as a crime against humanity. It must be accepted that such acts satisfy the legal criteria found within the Act and the Convention.³ It is also a question of law whether the appellant’s acts or omissions as a guard constitute a crime against humanity. That determination can only be made by reference to legal principles found in the existing jurisprudence dealing with “complicity”. Finally, it is a question of law whether membership in a military organization, such as the Salvadoran army, constitutes sufficient complicity to warrant application of the exclusion clause.

³ In its supplementary memorandum, counsel for the appellants thoroughly canvassed the criteria to be applied when determining whether conduct, which Canadians would recognize as being a crime, is also susceptible to characterization as a crime against humanity. For purposes of this appeal, I accede to the view that the acts in question fall within both categories.

La Commission n’est pas tenue de tirer la conclusion de fait, hors de tout doute raisonnable ou selon la prépondérance de la preuve, que McMullen était directement impliqué dans les actes non protégés. En effet, dans le cadre de la Loi, la Commission doit uniquement conclure qu’il existe «de sérieuses raisons de penser qu’[il] a commis» de tels actes. . . . Le libellé de la section F de l’article premier de la Convention est identique. Il ne requiert qu’une cause probable. Lorsqu’il est déterminé que le comportement en question est un crime non politique grave, la Convention requiert seulement, pour conclure à l’existence de «raisons sérieuses», qu’il existe une cause probable de penser que l’étranger a commis le crime. [C’est moi qui souligne.]

À mon avis, la norme de preuve visée par la disposition d’exclusion était destinée à servir dans les cas où des éléments de preuve contraires doivent être pondérés. Elle ne doit pas excéder son objectif législatif. Dans le présent contexte, la norme de preuve devient pertinente uniquement quant aux questions de fait suivantes.

La question de savoir si l’appelant ou des membres de son peloton ont tué des civils est une question de fait. La norme de preuve à appliquer est celle visée par l’expression «sérieuses raisons de penser». De même, la question de savoir si l’appelant a monté la garde pendant qu’un prisonnier était torturé est une question de fait. Ce fait étant admis, la norme de preuve requise est respectée. Toutefois, cette norme n’a aucune conséquence sur les décisions suivantes.

La question de savoir si le meurtre de civils par le personnel militaire peut être qualifié de crime contre l’humanité est une question de droit. Il doit être accepté que de tels actes répondent aux critères juridiques prévus dans la Loi et dans la Convention³. La question de savoir si les gestes ou les omissions de l’appelant comme gardien constituent un crime contre l’humanité est également une question de droit. Cette question ne peut être tranchée que par référence aux principes juridiques énoncés dans la jurisprudence relative à la «complicité». Enfin, la question de savoir si l’appartenance à une organisation militaire comme l’armée salvadorienne constitue une compli-

³ Dans son exposé supplémentaire, l’avocate des appelants a revu en détail les critères applicables pour déterminer si un comportement, que les Canadiens considéreraient être un crime, est également susceptible d’être qualifié de crime contre l’humanité. Pour les fins du présent appel, j’adhère à l’opinion que les actes en question relèvent des deux catégories.

It seems clear that questions of law do not lend themselves to adjudication by reference to legal concepts embedded in probability theory. Yet there are other reasons for immunizing questions of law from the application of a standard of proof. It is true that the “less-than-civil-law” standard established in *Ramirez* reinforces the view that it was the intent of the Convention signatories to exclude persons underserving of protection. But it is difficult to credit the intention of establishing a threshold standard of proof which virtually guarantees exclusion once the Minister demonstrates that there are “serious reasons for considering” that a claimant’s acts or omissions could be classified as a crime against humanity.

In my opinion, that is a question of law which must be decided in accordance with legal principles rather than by reference to a standard of proof. (Those legal principles will be applied to a series of facts established pursuant to the “less-than-civil-law” standard of proof, “serious reasons for considering”.) To hold otherwise would be tantamount to an egregious rewriting of the exclusion clause and may well lead to unfortunate and unjust refugee determinations. For example, prisoners of war who assisted the enemy in its persecution of other prisoners could be denied protection under international law should the “less-than-civil-law” standard be applied to what is essentially a question of law. The paradigmatic situation would involve the plight of “kapos” (Jewish prisoners) who supervised other prisoners at the Treblinka concentration camp; see *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981), at pages 534-535. I take it that in such cases the “less-than-civil-law” standard contemplated in *Ramirez* would be deemed inapplicable as would the exclusion clause itself.

(C) Did the tribunal err by making erroneous findings of fact and credibility?

citée suffisante pour justifier l’application de la disposition d’exclusion est, elle aussi, une question de droit.

Il semble évident que les questions de droit ne se prêtent pas à des décisions qui renvoient à des concepts juridiques enchâssés dans une théorie des probabilités. Toutefois, il existe d’autres raisons d’exempter les questions de droit de l’application d’une norme de preuve. Certes, la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil, établie dans l’arrêt *Ramirez*, affermit l’opinion voulant qu’il était dans l’intention des signataires de la Convention d’exclure les personnes ne méritant aucune protection. Mais il est difficile de leur prêter l’intention d’établir une norme de preuve préliminaire qui, virtuellement, garantit l’exclusion du demandeur de statut dès que le ministre démontre qu’il existe de «sérieuses raisons de penser» que les gestes ou les omissions du demandeur pourraient être qualifiés de crimes contre l’humanité.

  mon avis, il s’agit là d’une question de droit qui doit être tranchée conformément aux principes juridiques plutôt que par référence à une norme de preuve. (Ces principes juridiques seront appliqués à un ensemble de faits établis conformément au fardeau de preuve inférieur à la norme prévue en droit civil, soit celui qui se rapporte aux «sérieuses raisons de penser».) Conclure autrement reviendrait à réécrire maladroitement la disposition d’exclusion et risquerait fort d’entraîner des décisions malheureuses et injustes en matière de statut de réfugié. Ainsi, les prisonniers de guerre qui ont aidé l’ennemi à persécuter d’autres prisonniers se verraient refuser toute protection dans le cadre du droit international si la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil était appliquée à ce qui, essentiellement, est une question de droit. Cette situation paradigmatique mettrait en cause les «kapos» (détenus juifs) qui ont supervisé des codétenus au camp de concentration Treblinka; voir *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981), aux pages 534 et 535. Je suppose que, dans de telles affaires, la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil envisagée dans l’arrêt *Ramirez* serait présumée inapplicable, comme le serait la disposition d’exclusion elle-même.

C) Le tribunal a-t-il commis une erreur en tirant des conclusions de fait et de crédibilité erronées?

Counsel for the appellants argued “that the Board erred in law by failing to make specific findings of credibility and to give adequate reasons in support thereof.” This Court has repeatedly held that if the credibility of the claimant is in issue, the Board is under an obligation to give reasons, in clear and unmistakable terms, in support of its finding; see *Ababio v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174 (F.C.A.); *Rahman v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.A.); *Armson v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (F.C.A.); *Sebaratnam v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264 (F.C.A.) and *Hilo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (F.C.A.). In the instant case, the Board did not rule on the claimants’ credibility *per se*. It did, however, make reference to three instances where it found inconsistencies or contradictions.⁴ In all other respects the credibility of the appellant was not doubted.

As noted earlier, two of the credibility determinations were based on perceived inconsistencies involving the date on which the appellant first decided to desert the army and his reasons for doing so. The relevant portions of the Board’s decision are (Appeal Book, at pages 239 and 242 respectively):

In answer to counsel for the Minister, the claimant said he had decided to desert the army on May 5, 1988. He admitted saying to the Canadian Immigration Official who interviewed him on March 6, 1990 that he had left the army to see his first child born.

Although [the claimant] stated that while on his first pass he had decided to desert the army, he also testified that it was on May 5, 1988 when he left El Salvador that he intended to desert the army. We believe the latter testimony.

⁴ On appeal, counsel identified a fourth inconsistency to which the Board failed to refer in its reasons; see A. B., Vol. I, at pp. 58-59. I shall refrain from dealing with it other than to state that, in my opinion, it was only consequential in so far as it attests to the appellant’s veracity.

L’avocate des appelants soutient [TRADUCTION] «que la Commission a commis une erreur de droit en ne tirant aucune conclusion expresse sur la crédibilité de ses clients et en ne donnant donc aucun motif à l’appui». Cette Cour a à maintes reprises conclu que, si la crédibilité du demandeur est en cause, la Commission est tenue de motiver sa conclusion dans des termes clairs et nets; voir *Ababio c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174 (C.A.F.); *Rahman c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (C.A.F.); *Armson c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (C.A.F.); *Sebaratnam c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264 (C.A.F.) et *Hilo c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (C.A.F.). Dans la présente affaire, la Commission n’a tiré aucune conclusion sur la crédibilité proprement dites des demandeurs. Elle a toutefois évoqué trois cas où elle a décelé des incompatibilités ou des contradictions⁴. À tous autres égards, la crédibilité de l’appellant n’a pas été mise en doute.

Comme je l’ai signalé précédemment, deux des conclusions sur la crédibilité étaient fondées sur des incompatibilités perçues quant à la date à laquelle l’appellant a pour la première fois décidé de désert l’armée et ses raisons pour le faire. Les passages pertinents de la décision de la Commission sont les suivants (dossier d’appel, aux pages 239 et 242 respectivement):

En guise de réponse au conseil du ministre, le demandeur a déclaré qu’il avait décidé de s’enfuir de l’armée le 5 mai 1988. Il a avoué avoir déclaré au responsable de l’immigration canadienne qui l’a interviewé le 6 mars 1990 qu’il avait quitté l’armée pour assister à la naissance de son premier fils.

Même s’il a déclaré qu’au cours de sa première permission il avait décidé de fuir l’armée, il a également déclaré que c’est le 5 mai 1988, lorsqu’il a quitté le El Salvador, qu’il avait décidé de quitter l’armée. Nous croyons en la valeur du dernier témoignage.

⁴ En appel, l’avocat a identifié une quatrième incompatibilité, que la Commission n’a pas mentionnée dans ses motifs; voir dossier d’appel, vol. I, aux p. 58 et 59. Je me garderai de me pencher sur ce point si ce n’est pour affirmer qu’à mon avis, cette omission n’est importante que dans la mesure où elle confirme la véracité du témoignage de l’appellant.

Whether or not the record supports the perceived inconsistencies identified by the Board is, in my opinion, an issue which we need not address. It was agreed at the outset of this appeal that this Court would not be asked to make a refugee determination. While the appellant's reasons for forsaking the military, and the timing of that decision, are critical to his refugee claim, they are not relevant to the determination regarding the applicability of the exclusion clause.⁵ In any event, evidence concerning the appellant's well-founded fear of persecution with respect to the inconsistencies identified by the Board is inconclusive. From the appeal record, it is apparent that both parties and the Board were preoccupied with the application of the exclusion clause and the reasons underlying the appellants' decision to come to Canada rather than residing in the United States.

The appellant's credibility was also doubted in respect of his testimony in which he denied participating in the killing of civilians. This finding illuminates the uneasy relationship between determinations of credibility and the requisite standard of proof. This problem is particularly acute since, as noted earlier, the Board is in the equivocal position of relying upon the appellant's testimony for evidence supporting both inclusion and exclusion.

The immediate question is whether the following finding by the Board is supported by the evidence to the extent that there are "serious reasons for considering" that the appellant in fact participated in such acts (Appeal Book, at page 240):

⁵ Normally, testimony focussing on such matters is intended to demonstrate that desertion arose as a matter of conscience and as such may properly ground a claim for refugee status on the basis of a well-founded fear of persecution for reasons of political opinion or perceived political opinion. The earlier jurisprudence of this Court dealing with the refugee status of conscientious objectors is to be applied against the reasoning of the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; and see *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) and *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.).

Il est à mon avis inutile de se demander si le dossier étaye ou non les incompatibilités décelées par la Commission. Il a été convenu dès le début du présent appel que cette Cour n'aurait pas à rendre une décision sur le statut de réfugié. Bien que les raisons de l'appelant pour désertier l'armée et le moment de sa décision soient primordiaux quant à sa revendication du statut de réfugié, ils ne sont pas pertinents relativement à la décision qui porte sur l'applicabilité de la disposition d'exclusion⁵. Quoiqu'il en soit, la preuve qui porte sur la crainte bien fondée de l'appelant d'être persécuté, compte tenu des incompatibilités décelées par la Commission, n'est pas déterminante. Il ressort du dossier d'appel que les deux parties et la Commission étaient préoccupées par l'application de la disposition d'exclusion et les raisons qui ont motivé les appelants à venir au Canada plutôt qu'à résider aux États-Unis.

La crédibilité de l'appelant a également été mise en doute relativement à son témoignage, dans lequel il a nié avoir participé au meurtre de civils. Cette conclusion fait ressortir la relation délicate qui existe entre les décisions en matière de crédibilité et la norme de preuve requise. Cette difficulté est particulièrement marquée puisque, je le répète, la Commission se voit dans la délicate obligation de s'en remettre au témoignage de l'appelant comme preuve appuyant tant l'inclusion que l'exclusion.

Il s'agit en premier lieu de savoir si la conclusion suivante de la Commission est appuyée par la preuve à tel point qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que l'appelant a effectivement participé aux actes en cause (dossier d'appel, page 240):

⁵ Normalement, le témoignage qui porte sur de telles questions vise à démontrer que le demandeur a déserté l'armée par conscience et que, pour cette raison, sa désertion peut constituer le fondement d'une revendication du statut de réfugié parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques ou de celles qu'on lui prête. La jurisprudence antérieure de cette Cour sur le statut de réfugié des objecteurs de conscience doit être appliquée en regard du raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; et voir *Musial c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] C.F. 290 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.) et *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.).

Although the claimant attempted to deny his participation in atrocities against civilians, it is pellucidly clear from his testimony without reference to the above quotation in his PIF, that he was actively engaged in the killing of civilians who were captured or was acting in concert with his comrades who were doing so. [Emphasis added.]

The quotation in the personal information form (PIF) referred to by the Board as found in its reasons reads (Appeal Book, at pages 239-240):

During the operation we took villages that used to be occupied by guerillas. All those who remained, including old men and young children, were suspected of being guerillas and many were killed for this reason alone. We received orders to kill everyone.

Notwithstanding the Board's assertion that it ignored the evidence presented in the PIF, it is on the basis of the above statement, and that statement alone, that the Board must have taken the position that the appellant was involved, either directly or indirectly, in the killing of civilians. In my view, and as will be explained below, there is simply no other evidence to substantiate that determination. First, I shall deal with the significance of the PIF.

The PIF represents an English translation of a narrative drafted by counsel after an interview conducted in Spanish. The imprecision which often accompanies the translation of oral testimony dictates that caution should be exercised when drawing negative inferences of any sort. In the instant case, the above statement is but a portion of a single paragraph of the appellant's PIF which attempts to chronicle the details of the appellant's military service and the moral precepts of the Salvadoran army all within the space of a folio. The full paragraph reads as follows (Appeal Book, at page 116):

In January 1988, before I was able to get enough money together to leave El Salvador I was forcibly recruited by the Salvadoran Army. I received three months of training and then obtained a 2-day pass. My wife and my parents were still trying to gather the money to enable us to leave. When I returned to the army I saw actual combat against the guerrillas. The operation lasted approximately twenty days and there were about five confrontations with the guerrillas. During the operation we took villages that used to be occupied by guerrillas. All

Bien que le demandeur ait essayé de nier sa participation aux atrocités commises à l'endroit des civils, selon son témoignage, il est parfaitement clair que sans tenir compte de l'allusion à la situation précédente extraite de sa Fiche de renseignements personnels, qu'il avait participé de façon active au massacre des civils qui avaient été capturés ou qu'il agissait en parfaite entente avec ses camarades qui agissaient ainsi. [C'est moi qui souligne.]

La citation tirée de la Fiche de renseignements personnels (FRP), à laquelle renvoie la Commission dans ses motifs, est la suivante (dossier d'appel, aux pages 239 et 240):

Au cours de l'opération, nous avons pris les villages que la guérilla occupait habituellement. Tous ceux qui demeuraient sur les lieux, y compris deux vieillards et de jeunes enfants, ont été soupçonnés de faire partie de la guérilla, et plusieurs d'entre eux ont été tués pour cette unique raison. Nous avons reçu l'ordre de tuer tout le monde.

Malgré le fait que la Commission ait affirmé ne pas avoir tenu compte de la preuve soumise dans la FRP, c'est sur le fondement de la déclaration ci-dessus, et de cette déclaration seulement, que la Commission doit avoir conclu que l'appellant était impliqué, directement ou indirectement, dans le meurtre de civils. À mon avis, et comme je l'expliquerai plus loin, il n'y a simplement aucune autre preuve qui étaye cette conclusion. Je me pencherai d'abord sur la portée de la FRP.

La FRP représente la traduction anglaise d'un récit rédigé par l'avocate à la suite d'une entrevue menée en espagnol. L'imprécision qui caractérise fréquemment la traduction d'un témoignage verbal impose une certaine prudence lorsque des conclusions défavorables de toutes sortes sont tirées. En l'espèce, la déclaration reproduite ci-dessus ne constitue qu'une partie d'un paragraphe unique de la FRP de l'appellant, qui tente d'exposer, sur une seule feuille, les détails du service militaire de ce dernier aussi bien que les préceptes moraux de l'armée salvadorienne. Le paragraphe entier se lit comme suit (dossier d'appel, page 116):

[TRADUCTION] En janvier 1988, avant que je puisse amasser suffisamment d'argent pour quitter le Salvador, j'ai été recruté contre mon gré dans l'armée salvadorienne. J'ai reçu un entraînement de trois mois avant d'obtenir une permission de deux jours. Mon épouse et mes parents tentaient toujours d'amasser l'argent qui nous permettrait de quitter le pays. À mon retour dans l'armée, j'ai participé à de véritables affrontements avec la guérilla. L'opération a duré approximativement vingt jours, pendant lesquels ont eu lieu environ cinq affrontements. Au

those who remained, including old men and young children, were suspected of being guerrillas and many were killed for this reason alone. We received orders to kill everyone. My friends often spoke about their assignments which included taking suspected guerrillas from their homes for questioning. On one occasion I was ordered to guard a man who had been taken for questioning. I watched while he was tortured.

Simply stated, little or no weight can be given to the PIF in regard to the appellant's participation in what can otherwise be clearly recognized as acts amounting to crimes against humanity. At the very least, any perceived ambiguity cries out for clarification. In my view, the PIF standing by itself does not meet the "serious reasons for considering" standard. Hence, we are left with any oral testimony which could have reasonably led the Board to conclude, or reinforced the Board's belief, that there are "serious reasons for considering" that the appellant participated in crimes against humanity.

Unlike the Board, we have the advantage of reviewing the entire transcript of the proceedings, the relevant portions of which are set out below (Appeal Book, Vol. 1, page 38):

COUNSEL Now did you encounter civilians during any of those five confrontations?

CLAIMANT No.

COUNSEL No?

CLAIMANT Civilians or guerrilla civilians but dead.

COUNSEL But in terms of the confrontation itself whom you were fighting, you're talking about armed men or are they . . .

CLAIMANT Yes.

COUNSEL Now during those confrontations were you aware whether any civilians were killed as a result of the confrontation?

CLAIMANT I wasn't present in any one of them.

COUNSEL In any one of what?

CLAIMANT Of the civilian dead.

COUNSEL Did you ever knowingly shoot a civilian during those encounters?

CLAIMANT No. Never.

cours de l'opération, nous avons pris les villages que la guérilla occupait habituellement. Tous ceux qui demeuraient sur les lieux, y compris deux vieillards et de jeunes enfants, ont été soupçonnés de faire partie de la guérilla, et plusieurs d'entre eux ont été tués pour cette unique raison. Nous avons reçu l'ordre de tuer tout le monde. Mes amis parlaient fréquemment des tâches qui leur étaient assignées, lesquelles consistaient notamment à aller chercher à domicile ceux qu'on soupçonnait être de la guérilla pour les interroger. À une occasion, j'ai reçu l'ordre d'assurer la garde d'un homme qui avait été amené pour être interrogé. J'ai été témoin de sa torture.

Purement et simplement, il ne peut être accordé que peu ou pas de poids à la FRP en ce qui concerne la participation de l'appellant à ce qui peut par ailleurs être clairement reconnu comme un crime contre l'humanité. Toute ambiguïté perçue demande à tout le moins à être clarifiée. À mon avis, à elle seule la FRP ne satisfait pas à la norme relative aux «sérieuses raisons de penser». Par conséquent, il ne reste que les témoignages verbaux qui pourraient avoir valablement amené la Commission à conclure ou à affermir sa croyance qu'il existait de «sérieuses raisons de penser» que l'appellant avait participé à des crimes contre l'humanité.

Contrairement à la Commission, nous avons l'avantage de revoir la transcription entière des débats, dont les parties pertinentes sont reproduites ci-dessous (dossier d'appel, vol. 1, page 38):

[TRADUCTION] AVOCATE: Avez-vous rencontré des civils au cours de l'un de ces cinq affrontements?

DEMANDEUR: Non.

AVOCATE: Non?

DEMANDEUR: Des civils ou des guérilleros civils, mais ils étaient morts.

AVOCATE: Mais en ce qui concerne l'affrontement lui-même, ceux contre qui vous luttiez, vous parlez d'hommes armés, ou étaient-ils . . .

DEMANDEUR: Oui.

AVOCATE: Au cours de ces affrontements, saviez-vous si des civils étaient tués?

DEMANDEUR: Je n'étais présent à aucun d'entre eux.

AVOCATE: À aucun d'entre quoi?

DEMANDEUR: Des meurtres de civils.

AVOCATE: Vous est-il arrivé de tirer sciemment sur un civil au cours de ces affrontements?

DEMANDEUR: Non, jamais.

COUNSEL Now you mentioned that you saw dead civilians. Could you tell us, was this on the occasion of the confrontations or other occasions when you were on the mountain?

CLAIMANT In that occasion it was not, it had not been done by my group but by the other groups.

On cross-examination by the Minister's representative, the claimant testified (Appeal Book, Vol. 1, page 58):

CLAIMANT Yes we received instructions or orders from Majors that we were to kill anyone. Because if they go with the guerrillas they are guerrillas themselves.

MIN. REP. And so did you kill these old men and children?

CLAIMANT The platoon in which I was did not do it. Another platoon had done it. Another one I was in.

MARAJ Why did you not state that in your Personal Information Form?

CLAIMANT I didn't kill anybody.

MIN. REP. That you say you know of. You said you fired your gun and you don't know whose bullet killed whom.

CLAIMANT I shot my gun I admit it. But I never killed any civilian guerrilla.

The foregoing excerpts constitute the entire testimony directly relevant to this particular issue.⁶ All of the appellant's evidence is internally consistent. In my opinion, the testimony does not, by any stretch of the imagination, render it "pellucidly clear" that either the appellant or his platoon was involved in the killing of civilians during the twenty-day period. Nor can it be confidently said, as the Board did, that the evidence was "overwhelming".

Leaving aside the credibility issue⁷ and tracking the language of the Act, the evidence falls significantly short of establishing that there are "serious reasons for considering" that the appellant or mem-

⁶ Further evidence touching on this issue is found in A. B., Vol. 1, at pp. 55-57 and 83-84. It is consistent with the evidence reproduced above.

⁷ I could not help but remark that the interview notes of an immigration official taken at the time the male appellant sought entry into Canada provide in part (A. B., at p. 190): "Answered all questions honestly without hesitation."

AVOCATE: Vous avez mentionné avoir vu des civils morts. Pourriez-vous nous dire si c'était à l'occasion des affrontements ou à d'autres occasions, lorsque vous étiez sur la montagne?

a DEMANDEUR: À cette occasion, ce n'était pas le cas, cela n'avait pas été fait par mon groupe, mais par d'autres groupes.

b Lors du contre-interrogatoire mené par le représentant du ministre, le demandeur a témoigné comme suit (dossier d'appel, vol. 1, page 58):

[TRADUCTION] DEMANDEUR: Oui, nous avons reçu l'instruction ou l'ordre des majors de tuer tout le monde. Parce que s'ils se joignent aux guérilleros, c'est qu'ils en sont eux-mêmes.

c REPRÉSENTANT DU MINISTRE: Donc, avez-vous tué les vieillards et les enfants?

DEMANDEUR: Le peloton dont je faisais partie ne l'a pas fait. Un autre peloton l'avait fait. Un peloton dont je faisais partie.

d MARAJ: Pourquoi n'en avez-vous rien dit dans votre Fiche de renseignements personnels?

DEMANDEUR: Je n'ai tué personne.

e REPRÉSENTANT DU MINISTRE: Selon ce que vous affirmez savoir. Vous avez dit avoir tiré et vous ne savez pas quelle balle a tué qui.

DEMANDEUR: Je l'admets, j'ai tiré. Mais je n'ai jamais tué de guérilleros civils.

f Les extraits qui précèdent constituent tout le témoignage qui intéresse directement cette question particulière⁶. Le témoignage de l'appellant est logique en lui-même. À mon avis, même en faisant un grand effort d'imagination, il n'est pas «parfaitement clair» selon le témoignage que l'appellant ou son peloton étaient impliqués dans le meurtre de civils au cours de la période de vingt jours. On ne peut non plus affirmer avec certitude, comme la Commission l'a fait, que la preuve était «accablante».

h Mettant de côté la question de la crédibilité⁷ et me reportant au libellé de la Loi, j'estime que la preuve est loin d'établir qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que l'appellant ou les membres de son pelo-

⁶ Le dossier d'appel, vol. 1, contient une preuve supplémentaire concernant cette question aux p. 55 à 57, 83 et 84. Elle est compatible avec la preuve reproduite ci-dessus.

⁷ Je n'ai pu m'empêcher de remarquer que, dans les notes de l'entrevue prises par le représentant de l'immigration au moment où l'appellant tentait d'entrer au Canada, on lit notamment ceci (dossier d'appel, p. 190): «A répondu à toutes les questions honnêtement, sans hésitation».

bers of his platoon participated in the killing of civilians. Had the appellant been a long-term member of a military unit well known for its inhumane treatment of civilians, then it might have been open to the Board to reach the conclusion that it did. But in the given circumstances, the most that can be said is that the appellant was a member of a military regime engaged in the commission of crimes against humanity. In these circumstances, the culpability of the appellant can arise only by association.

Such an error is sufficient reason for setting aside the Board's decision and remitting the matter back for redetermination. In this instance, however, the panel rehearing the claim would be left with the task of determining whether the appellant's acts and omissions surrounding the guarding of a prisoner, together with his membership in a group whose code of conduct embraces the killing of civilians, is sufficient justification for invoking the exclusion clause. Though the Board did not comment on the matter of "membership", it did find that the appellant's complicity in the torture of a prisoner constituted a crime against humanity. Accordingly, the remaining issues must be addressed.

(D) Did the Board err in law by determining that the male appellant's acts or omissions amounted to a crime against humanity?

The success of this appeal now hinges on the resolution of two questions. First, is the appellant's membership in a military organization responsible for inhumane acts against members of the civilian population, in and of itself, sufficient justification for invoking the exclusion clause? In other words, is the appellant "guilty by association"? The second question is more particularized. Is the appellant's participation as a guard in the torture of a prisoner a sufficient basis to deem him an "accomplice" and therefore subject to the application of the exclusion clause? The question is premised upon the understanding that an "accomplice" is as culpable as the "principal"—the one who pulls the trigger. The alternative is to classify the appellant an "innocent bystander". I shall deal with the questions in the order posed.

ton ont participé au meurtre de civils. Si l'appelant avait depuis longtemps été membre d'une unité militaire reconnue pour son traitement inhumain des civils, il aurait peut-être été possible pour la Commission de conclure comme elle l'a fait. Toutefois, compte tenu des circonstances, on peut seulement affirmer que l'appelant était membre d'un régime militaire engagé dans la perpétration de crimes contre l'humanité. Dans les présentes circonstances, la culpabilité de l'appelant ne peut se poser que par association.

Une telle erreur constitue un motif suffisant pour annuler la décision de la Commission et renvoyer l'affaire pour un réexamen. En l'espèce toutefois, le tribunal tenant la nouvelle audience aurait la tâche de déterminer si les actes et les omissions de l'appelant relativement à la garde d'un prisonnier, de même que son appartenance à un groupe dont le code de conduite prévoit le meurtre de civils, suffisent pour invoquer la disposition d'exclusion. Bien que la Commission n'ait pas commenté la question de l'«appartenance», elle a conclu que la complicité de l'appelant dans la torture d'un prisonnier constituait un crime contre l'humanité. Les autres questions en litige doivent par conséquent être tranchées.

D) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que les actes ou les omissions de l'appelant constituaient un crime contre l'humanité?

Le succès du présent appel dépend maintenant de la réponse à deux questions, dont la première est la suivante: L'appartenance de l'appelant à une organisation militaire qui commet des actes inhumains envers la population civile suffit-elle en elle-même pour que l'on puisse invoquer la disposition d'exclusion? En d'autres termes, l'appelant est-il «coupable par association»? La deuxième question est plus spécifique. La participation de l'appelant à titre de gardien au cours de la torture d'un prisonnier permet-elle de présumer qu'il était un «complice», et qu'il est de ce fait visé par l'application de la disposition d'exclusion? La question suppose que l'on convienne que le «complice» est aussi coupable que l'«auteur» —celui qui appuie sur la détente. L'autre solution consiste à qualifier l'appelant de «spectateur innocent». Je me prononcerai sur les questions dans l'ordre où elles ont été posées.

1) Guilt By Association

It is well settled that mere membership in an organization involved in international offences is not sufficient basis on which to invoke the exclusion clause; see *Ramirez*, at page 317, and *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985), at page 1431. An exception to this general rule arises where the organization is one whose very existence is premised on achieving political or social ends by any means deemed necessary. Membership in a secret police force may be deemed sufficient grounds for invoking the exclusion clause; see *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), but see *Ramirez* at pages 318 *et seq.* Membership in a military organization involved in armed conflict with guerrilla forces comes within the ambit of the general rule and not the exception.

2) Accomplice v. Innocent By-stander

In addressing the second question (participation as a guard), it is helpful to outline the basic principles which inform the criminal law of Canada. While I do not suggest that the task of the Board is to arrive at a conclusion which is fully supported by the application of criminal law principles, direction may be taken from the words of Mr. Justice Dickson (as he then was) writing for a majority of the Court in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, in which he considered the offence of aiding and abetting (at pages 891 and 896):

Mere presence at the scene of a crime is not sufficient to ground culpability. Something more is needed: encouragement of the principal offender; an act which facilitates the commission of the offence, such as keeping watch on enticing the victim away, or an act which tends to prevent or hinder interference with accomplishment of the criminal act, such as preventing the intended victim from escaping or being ready to assist the prime culprit.

... I have great difficulty in finding any evidence of anything more than mere presence and passive acquiescence. Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. There was no evidence that while the crime was being committed

1) Culpabilité par association

Il est bien établi que la simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d'invoquer la disposition d'exclusion; voir les arrêts *Ramirez*, à la page 317, et *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d (1985) (9th Cir. 1985), à la page 1431. La règle générale connaît une exception lorsque l'existence même de l'organisation repose sur l'atteinte d'objectifs politiques ou sociaux par tout moyen jugé nécessaire. L'appartenance à une force policière secrète peut être jugée suffisante pour que l'on puisse invoquer la disposition d'exclusion; voir l'arrêt *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.), mais voir également l'arrêt *Ramirez*, aux pages 318 et suivantes. L'appartenance à une organisation militaire impliquée dans un conflit armé contre les forces de la guérilla est visée par la règle générale et non par l'exception.

2) Complice c. spectateur innocent

Pour répondre à la seconde question (participation à titre de gardien), il convient de souligner les principes fondamentaux qui sous-tendent le droit criminel canadien. Bien que je ne prétende pas que la tâche de la Commission consiste à en venir à une conclusion qui repose entièrement sur l'application des principes de droit criminel, j'estime utile de recourir aux propos du juge Dickson (tel était alors son titre), qui s'exprimait au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, où il a étudié l'infraction d'aide et d'encouragement (aux pages 891 et 896):

La simple présence sur les lieux d'un crime n'est pas suffisante pour conclure à la culpabilité. Il faut faire quelque chose de plus: encourager l'auteur initial; faciliter la perpétration de l'infraction, comme monter la garde ou attirer la victime, ou accomplir un acte qui tend à faire disparaître les obstacles à la perpétration de l'acte criminel, comme par exemple empêcher la victime de s'échapper ou encore se tenir prêt à aider l'auteur principal.

... J'ai beaucoup de difficulté à décèler une preuve de quelque chose de plus que la simple présence et l'acquiescement passif. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction ou si elle a pour but l'incitation. Il n'y a aucune preuve

either of the accused rendered aid, assistance, or encouragement to the rape. . . . There was no evidence of any positive act or omission to facilitate the unlawful purpose.

While mere presence at the scene of a crime (torture) is not sufficient to invoke the exclusion clause, the act of keeping watch with a view to preventing the intended victim from escaping may well attract criminal liability. In the instant case, however, the appellant could not have assisted in the prisoner's escape because he was never in possession of a key to the cell. In any event, a determination of the appellant's complicity should not hinge on possession of a key. In a similar vein, it remains to be determined whether the appellant should have attempted to prevent his superior officers from continuing with their acts of torture, as was inferred by the Board. The incisive reasoning of MacGuigan J.A. in *Ramirez* disposes readily of this argument (at pages 319-320):

One must be particularly careful not to condemn automatically everyone engaged in conflict under conditions of war. Probably most combatants in most wars in human history have seen acts performed by their own side which they would normally find reprehensible but which they felt utterly powerless to stop, at least without serious risk to themselves. While the law may require a choice on the part of those ordered actually to perform international crimes, it does not demand the immediate benevolent intervention, at their own risk, of all those present at the site. Usually, law does not function at the level of heroism.

Applying the criteria set out by Mr. Justice Dickson in *Dunlop and Sylvester v. The Queen* to the facts of the present appeal, I am driven to the conclusion that the appellant's acts or omissions would not be sufficient to attract criminal liability as a matter of law. The appellant did not possess any prior knowledge of the acts of torture to be perpetrated. Nor can it be said that the appellant rendered any direct assistance or encouraged his superior officers in the commission of an international crime. My opinion is fortified by the Supreme Court's decision to strike down the constructive murder provisions of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, for Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]

qu'au cours de la perpétration de l'acte criminel, l'un ou l'autre des accusés ait fourni une aide, une assistance ou une incitation au viol. . . . Il n'y a aucune preuve de quelque acte positif ou omission pour faciliter le dessein illicite.

a Si la simple présence sur les lieux d'un crime (la torture) n'est pas suffisante pour invoquer la disposition d'exclusion, l'acte qui consiste à monter la garde en vue d'empêcher la victime visée de s'échapper peut bien entraîner la responsabilité criminelle. En b l'espèce, toutefois, l'appelant n'aurait pu aider le prisonnier à s'échapper puisqu'il n'a jamais détenu la clef de la cellule. Quoiqu'il en soit, la détermination de la complicité de l'appelant ne devrait pas reposer c sur la possession d'une clef. Dans une même veine, il reste à déterminer si, comme l'a laissé entendre la Commission, l'appelant aurait dû tenter d'empêcher ses officiers supérieurs de poursuivre leurs actes de torture. Par son raisonnement tranchant, le juge Mac- d Guigan répond promptement à cet argument dans l'arrêt *Ramirez* (aux pages 319 et 320):

Il faut prendre particulièrement soin de ne pas condamner automatiquement quiconque est mêlé à un conflit en situation de guerre. Dans la plupart des guerres de l'histoire de l'humanité, la plupart des combattants ont probablement vu leur propre armée se livrer à des actes qu'ils auraient normalement trouvés répréhensibles mais qu'ils se sont sentis absolument incapables d'arrêter, du moins sans courir de risques graves. Bien que la loi puisse obliger ceux qui reçoivent l'ordre de commettre des crimes internationaux à faire un choix, elle ne requiert pas des gens se trouvant sur les lieux d'un tel crime qu'ils se portent immédiatement au secours des victimes à leurs propres risques. La loi n'a pas habituellement pour effet d'ériger l'héroïsme en norme.

e Appliquant les critères énoncés par le juge Dickson dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine* aux faits du présent appel, j'en arrive à la conclusion que les actes ou omissions de l'appelant ne suffiraient pas en droit pour entraîner sa responsabilité criminelle. f L'appelant n'avait aucune connaissance préalable des actes de torture qui devaient être perpétrés. On ne peut non plus affirmer qu'il a aidé directement ses officiers supérieurs ou les a encouragés à perpétrer un crime international. Mon opinion est renforcée par la décision de la Cour suprême du Canada d'annuler les dispositions du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] en matière de meurtre par imputation dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, pour le motif qu'elles violaient l'article 7 (vie, liberté et sécurité de la personne) et l'alinéa 11*d*) de la Charte [Charte canadienne des droits et libertés, qui consti-

violation of section 7 (life, liberty and security of the person) and 11(d) (presumption of innocence).

The complicity of the appellant cannot be decided on the basis of criminal law provisions alone. As was stated in *Ramirez* (at page 315), “[a]n international convention cannot be read in the light of only one of the world’s legal systems.” I turn now to principles of refugee law which, not surprisingly, overlap those of criminal law.

It is settled law that acts or omissions amounting to passive acquiescence are not a sufficient basis for invoking the exclusion clause. Personal involvement in persecutorial acts must be established. In this regard the reasoning in *Ramirez* is both binding and compelling (at page 318):

At bottom, complicity rests in such cases, I believe, on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it.

At page 320, MacGuigan J.A. concluded:

In my view, 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.

Applying the above reasoning, we must determine whether the appellant’s conduct satisfies the criterion of “personal and knowing participation in persecutorial acts”. Equally important, however, is the fact that complicity rests on the existence of a shared common purpose as between “principal” and “accomplice”. In other words, *mens rea* remains an essential element of the crime. In my opinion, a person forcibly conscripted into the military, and who on one occasion witnessed the torture of a prisoner while on assigned guard duty, cannot be considered at law to have committed a crime against humanity.

On a superficial level, it could be maintained that the appellant knowingly assisted or otherwise participated in a persecutorial act. What is absent from that

tue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (présomption d’innocence).

La complicité de l’appelant ne peut être déterminée sur le fondement des seules dispositions du droit criminel. Comme on l’a indiqué dans l’arrêt *Ramirez* (à la page 315), «une convention internationale ne saurait s’interpréter à la lumière d’un seul des systèmes juridiques du monde». Je porte maintenant mon attention sur les principes du droit relatif aux réfugiés qui, il n’est guère surprenant, chevauchent ceux du droit criminel.

Il est reconnu en droit que les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d’invoquer la disposition d’exclusion. Il faut établir une participation personnelle aux actes de persécution. À cet égard, le raisonnement exposé dans l’arrêt *Ramirez* est à la fois obligatoire et convaincant (à la page 318):

Je crois que, 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.

À la page 320, le juge MacGuigan, J.C.A., conclut ceci:

À mon avis, il n’est pas souhaitable, dans l’établissement d’un principe général, de dépasser le critère de la participation personnelle et consciente aux actes de persécution. Le reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l’affaire.

Tenant compte du raisonnement précédent, nous devons déterminer si le comportement de l’appelant satisfait au critère de la «participation personnelle et consciente aux actes de persécution». Tout aussi important toutefois est le fait que la complicité repose sur l’existence d’un dessein commun, poursuivi par l’«auteur» et le «complice». En d’autres termes, la *mens rea* demeure un élément essentiel du crime. À mon avis, une personne recrutée contre son gré dans l’armée, et qui à une occasion a été témoin de la torture d’un prisonnier alors qu’elle était affectée à la garde de celui-ci, ne peut être considérée en droit comme ayant commis un crime contre l’humanité.

Superficiellement, il pourrait être maintenu que l’appelant a sciemment aidé ou autrement participé à un acte de persécution. Cette analyse ne renferme

analysis is any evidence supporting the existence of a shared common purpose. However, the evidence does establish that the appellant disassociated himself from the actual perpetrators by deserting the army within a relatively short period after his forcible enlistment. In the circumstances, the appellant's presence at the scene of a crime is tantamount to an act of passive acquiescence. Accordingly, there is no legal basis on which to rest the application of the exclusion clause.

In reaching this conclusion, I am influenced by one commentator's view 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; see M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, at page 343. Of course, the further one is distanced from the decision makers, assuming that one is not a "principal", then it is less likely that the required degree of complicity necessary to attract criminal sanctions, or the application of the exclusion clause, will be met. I take it for granted that 16-year-old foot soldiers will not be accorded the same legal treatment as those who command the war.

In reaching the conclusion that the acts of the appellant fail to meet the threshold established in *Ramirez*, I do not find it necessary to resort to the absolute defences often raised to absolve a claimant of culpability (e.g. duress). In my view, the requisite element of *mens rea* is simply lacking. As MacGuigan J.A. stated [at page 320], once the criterion of personal and knowing participation is accepted, "[t]he rest should be decided in relation to the particular facts." The facts in *Ramirez* are materially different from those relevant to the appellant's refugee claim.

Mr. Ramirez was seventeen when he enlisted in the Salvadoran army. Unlike the appellant, he enlisted voluntarily for a period of two years and then re-enlisted for a further term. He deserted the army after 33 months of service, during which time he had been

toutefois aucune preuve étayant l'existence d'un dessein commun. En outre, la preuve établit que l'appellant s'est dissocié des véritables auteurs en désertant l'armée dans un délai plutôt bref après avoir été recruté contre son gré. Compte tenu des circonstances, la présence de l'appellant sur les lieux d'un crime équivaut à un acte d'acquiescement passif. En conséquence, il n'y a aucun fondement juridique sur lequel puisse se fonder l'application de la disposition d'exclusion.

Ma conclusion est influencée par l'opinion d'un auteur suivant lequel 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; voir l'ouvrage de M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, à la page 343. Évidemment, plus une personne est éloignée des auteurs des décisions, en présumant qu'elle n'est pas l'«auteur», moins il est probable que le degré de complicité requis pour entraîner des sanctions criminelles ou l'application de la disposition d'exclusion sera atteint. Je tiens pour acquis que des soldats d'infanterie âgés de seize ans ne seront pas traités de façon identique sur le plan juridique que ceux qui sont aux commandes de la guerre.

Puisque je conclus que les actes de l'appellant n'atteignent pas le seuil établi dans l'arrêt *Ramirez*, j'estime inutile de recourir aux défenses absolues fréquemment invoquées pour absoudre le demandeur de toute culpabilité (par exemple la contrainte). À mon avis, l'élément de *mens rea* requis fait tout simplement défaut. Pour reprendre les propos du juge MacGuigan, J.C.A. [à la page 320], dès que le critère de la participation personnelle et consciente est accepté, «[l]e reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l'affaire». Les faits de l'affaire *Ramirez* sont substantiellement différents de ceux qui sont pertinents quant à la revendication du statut de réfugié de l'appellant en l'espèce.

M. Ramirez était âgé de dix-sept ans lorsqu'il s'est engagé dans l'armée salvadorienne. Contrairement à l'appellant, il s'est porté volontaire pendant deux ans, et il a ensuite renouvelé son engagement. Il a déserté l'armée après trente-trois mois de service, période au

promoted through the ranks to sergeant. Moreover, he had participated in excess of 100 engagements and witnessed the torture and killing of as many prisoners (a fact described by the Court as a military way of life in El Salvador). In evaluating the applicability of the exclusion clause, MacGuigan J.A. held (at pages 326-327):

On a standard of “serious reasons for considering that . . . he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity,” I cannot see the appellant’s case as even a borderline one. He was aware of a very large number of interrogations carried out by the military, on what may have been as much as a twice-weekly basis (following some 130-160 military engagements) during his 20 months of active service. He could never be classed as a simple on-looker, but was on all occasions a participating and knowing member of a military force, one of whose common objectives was the torture of prisoners to extract information. This was one of the things his army did, regularly and repeatedly, as he admitted. He was a part of the operation, even if he personally was in no sense a “cheering section.” In other words, his presence at this number of incidents of persecution, coupled with his sharing in the common purpose of the military forces, clearly constitutes complicity. We need not define, for purposes of this case, the moment at which complicity may be said to have been established, because this case is not to my mind near the borderline. The appellant was no innocent by-stander: he was an integral, albeit reluctant, part of the military enterprise that produced those terrible moments of collectively deliberate inhumanity.

To convict the appellant of criminal liability for his actions would, of course, require an entirely different level of proof, but on the basis of the lower-than-civil-law standard established by the nations of the world, and by Canadian law for the admission of refugees, where there is a question of international crimes, I have no doubt that no properly instructed tribunal could fail to come to the conclusion that the appellant had been personally and knowingly involved in persecutorial acts.

In *Ramirez* the Court was satisfied “beyond a reasonable doubt” that the claimant had been personally and knowingly involved in persecutorial acts. The fact that Mr. Ramirez underwent an ideological conversion and then fled both the army and his country were not acts which by themselves could absolve him of complicity in crimes against humanity. In my view, what distinguishes the present case from *Ramirez* is the duration of the appellant’s military service, his military rank and the passive role which he played

cours de laquelle il avait été promu au rang de sergent. En outre, il avait participé à plus de cent engagements et assisté à la torture et au meurtre d’autant de prisonniers (un fait décrit par la Cour comme étant entré dans les mœurs militaires au Salvador). Dans son évaluation de l’applicabilité de la disposition d’exclusion, le juge MacGuigan, J.C.A. a tenu les propos suivants (aux pages 326 et 327):

Compte tenu du critère des «raisons sérieuses de penser . . . [q]u’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité», le cas de l’appelant ne peut même pas être qualifié de cas limite. Pendant ses vingt mois de service actif, il était conscient du très grand nombre d’interrogatoires menés par l’armée, peut-être aussi souvent que deux fois par semaine (après 130 à 160 engagements militaires). Il ne pourrait jamais entrer dans la catégorie des simples spectateurs. Il était chaque fois un membre actif et conscient d’une force armée dont l’un des objectifs communs était la torture de prisonniers pour en obtenir des renseignements. De son propre aveu, c’était l’une des activités auxquelles son armée se livrait régulièrement et de façon répétée. Il faisait partie de l’opération même si, personnellement, il n’applaudissait pas les actions accomplies. Autrement dit, sa présence pendant les incidents de persécution, jointe au fait qu’il partageait l’objectif commun des forces militaires, constitue clairement une forme de complicité. Il n’est pas nécessaire, pour les fins de la présente espèce, de déterminer à quel moment cette complicité a pu être établie, car cette affaire n’est pas du tout un cas limite. L’appelant n’était pas un spectateur innocent. Il faisait partie intégrante, même si c’était à son corps défendant, de l’entreprise militaire responsable de ces terribles moments d’inhumanité collective délibérée.

Pour reconnaître l’appelant criminellement responsable des actions qu’il a accomplies, il faudrait, bien sûr, appliquer une norme de preuve tout à fait différente. Mais étant donné que les nations du monde et le Canada ont adopté, en regard de l’admission des réfugiés lorsqu’il est question de crimes internationaux, une norme de preuve inférieure à celle du droit civil, il ne fait pas de doute qu’aucun tribunal correctement instruit ne pourrait conclure à autre chose qu’à la participation personnelle et consciente de l’appelant aux actes de persécution.

Dans l’arrêt *Ramirez*, la Cour était convaincue «hors de tout doute raisonnable» que l’auteur de la revendication avait participé personnellement et consciemment à des actes de persécution. Le fait que M. Ramirez se soit converti à une idéologie différente et qu’il ait par la suite fui l’armée et son pays ne peut en lui-même l’absoudre de complicité dans les crimes qui ont été commis contre l’humanité. À mon avis, ce qui distingue la présente affaire de l’affaire *Ramirez* est la durée du service militaire de l’appelant, son

in what clearly was a crime committed by ranking officers.

(E) Did the Board err in law by failing to determine the male appellant's eligibility under the inclusion clause?

Having concluded that the appellant's conduct does not provide a legal basis on which to invoke the exclusion clause, it is unnecessary for this Court to address this fundamental question. Nor is it necessary to decide a corollary issue; whether the Board has the discretion to weigh the nature of the crimes against humanity with the fate awaiting a claimant who would have been declared a Convention refugee were it not for the application of the exclusion clause. One way of restating that question is as follows: Did the Board err by failing to weigh evidence favouring the application of the exclusion clause against that favouring inclusion? These questions will have to be addressed another day; see *Ramirez, supra*, but see *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.), per Marceau J.A., at pages 607-608.

I think it helpful to point out that it would have been preferable had the Board made a determination with respect to the appellant's refugee claim notwithstanding its decision to apply the exclusion clause. There are three reasons for this view.

First, as a practical matter it is extremely difficult to separate the grounds on which a claimant bases his or her refugee claim from the circumstances which might give rise to the application of the exclusion clause. In most cases, the claimant gives some evidence of complicity in crimes against humanity and then claims to have a well-established fear of persecution after deserting a military regime or police force which remains impervious to international conventions governing human rights; see *Velose*, Immigration Appeal Board 79-1017, August 24, 1979; *Giraud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1982 (F.C.A.), No. A-1080-82; *Cruz v.*

rang militaire et le rôle passif qu'il a joué dans ce qui manifestement était un crime commis par des officiers supérieurs.

E) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de l'appelant dans le cadre de la disposition d'inclusion?

Puisque j'ai conclu que le comportement de l'appelant ne justifie aucunement du point de vue juridique l'application de la disposition d'exclusion, il n'est pas nécessaire que je me penche sur cette question fondamentale. Il n'y a pas lieu non plus de trancher la question accessoire de savoir si la Commission a le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la nature des crimes contre l'humanité par rapport au sort qui attend le demandeur qui aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été de l'application de la disposition d'exclusion. On peut formuler de nouveau la question de la façon suivante: La Commission a-t-elle commis une erreur en n'appréciant pas la preuve qui soutenait l'application de la disposition d'exclusion par rapport à celle qui appuyait l'application de la disposition d'inclusion? Il sera répondu à ces questions à un autre moment; voir l'arrêt *Ramirez*, précité, mais voir également l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.), les motifs du juge Marceau, J.C.A., aux pages 607 et 608.

J'estime utile de souligner qu'il aurait été préférable que la Commission se prononce à l'égard de la revendication du statut de réfugié de l'appelant malgré sa décision d'appliquer la disposition d'exclusion, et ce, pour trois raisons.

D'une part, du point de vue pratique, il est extrêmement difficile de distinguer les motifs sur lesquels le demandeur fonde sa revendication du statut de réfugié des circonstances qui pourraient entraîner l'application de la disposition d'exclusion. Dans la plupart des cas, le demandeur offre une certaine preuve de complicité dans les crimes commis contre l'humanité et soutient ensuite qu'il craint avec raison d'être persécuté après avoir déserté le régime militaire ou la force policière qui demeure insensible aux conventions internationales régissant les droits de la personne; voir *Velose*, Commission d'appel de l'immigration 79-1017, 24 août 1979; *Giraud c. Canada*

Canada (Minister of Employment & Immigration) (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (I.A.B.), *Unnamed v. M.E.I.*, Convention Refugee Determination Division T89-00198, July 11, 1989; *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.) and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet, supra*; note that prior to January 1, 1989, the exclusion clause was not in force.

Second, in the event that the Board errs with respect to the application of the exclusion clause but has also ruled on the application of the inclusion clause, it may be unnecessary to refer the matter back to the Board. The same holds true if the Board rules on the inclusion clause, reaches a negative determination and dismisses the claim without turning to the exclusion criteria. Considerations of time and expense are always persuasive when establishing practical guidelines. I note that some panels of the Board have already recognized the benefits of making alternative rulings; see *Ramirez, supra*, and *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-266-91, Marceau, Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 13/5/93, F.C.A., not yet reported.

Finally, aside from any practical considerations, it may well be that in certain cases the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause. That possibility arises in the context of spousal and dependent refugee claims and is discussed below.

(F) Did the Board err in law by applying the exclusion clause to the refugee claim of the female appellant?

The foregoing question must be addressed if only to dispel the misunderstanding that because the male appellant's claim hinges on the application of the exclusion clause, so too does that of the female appellant and the appellants' two children. As noted earlier, the Board concluded that as the female appellant's claim was made dependent on that of her hus-

(Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), 1982 (C.A.F.), n° A-1080-82; *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (C.A.I.), *Personne non nommée c. M.E.I.*, Section du statut de réfugié, T89-00198, 11 juillet 1989; *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.) et *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, précité; à remarquer que la disposition d'exclusion n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 1989.

D'autre part, si la Commission commet une erreur relativement à l'application de la disposition d'exclusion mais qu'elle se prononce également sur l'application de la disposition d'inclusion, il peut être inutile de lui renvoyer l'affaire. Il en est de même si la Commission se prononce sur la disposition d'inclusion, tire une conclusion défavorable et rejette la revendication sans se pencher sur le critère d'exclusion. Les facteurs tels le temps et le coût sont toujours éloquentes dans l'élaboration de directives pratiques. Je remarque que certaines formations de la Commission ont déjà reconnu les avantages des décisions subsidiaires; voir *Ramirez*, précité, et *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-266-91, juges Marceau, Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date 13/5/93, C.A.F., encore inédit.

Enfin, indépendamment des considérations pratiques, il se peut fort bien que, dans certains cas, la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion. Cette possibilité survient dans le contexte des revendications de statut de réfugié d'un conjoint et d'une personne à charge, et sera analysée ci-après.

F) La Commission a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition d'exclusion à la revendication du statut de réfugié de l'appelante?

Cette question doit être considérée, ne serait-ce que pour dissiper la conception erronée voulant que si la revendication de l'appelant dépend de l'application de la disposition d'exclusion, il en est de même pour celle de l'appelante et des deux enfants des appelants. Comme je l'ai signalé précédemment, la Commission a conclu que, la revendication de l'appe-

band, it too should fail as a result of the application of the exclusion clause. On reflection, it should be apparent that the Board is in error.

The Board wrongly assumes that the refugee claim of Ms. Sanchez is conditioned on the application of the exclusion clause when in truth it is conditioned on whether Mr. Moreno will be exposed to persecution if returned to El Salvador. The rationale underlying spousal or dependant refugee claims is simple. If there is a likelihood that the principal claimant will be exposed to persecution, then it is as likely that those who are dependent on that claimant will also be persecuted on the basis of that relationship; see *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.), per Heald J., at page 123; *Djama v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-738-90, Marceau J.A., judgment dated 5/6/92, F.C.A., not yet reported; and *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (F.C.A.). The likelihood of the female appellant suffering persecution is not extinguished simply because the exclusion clause renders the male appellant ineligible for consideration.

For argument's sake, assume that the Board had determined that the male appellant would have been declared a Convention refugee were it not for the applicability of the exclusion clause. Assume further that the Board did not err in this determination. What possible legal justification exists for denying the female appellant's claim? There is none. The issue of whether there are "serious reasons for considering" that a claimant has committed crimes against humanity has no bearing on the refugee claim of a spouse and dependants who have neither directly nor indirectly participated in such crimes. The exclusion clause cannot serve as a means of effectively promoting retributive justice at the expense of innocent family members.

I should like to point out that the issue as outlined above is distinct from that pursued by the respondent and argued on appeal. Counsel framed the issue as follows:

lante ayant été faite en fonction de celle de son époux, elle devrait également être rejetée du fait de l'application de la disposition d'exclusion. Après réflexion, il est apparent que la Commission a commis une erreur.

La Commission a présumé à tort que la revendication du statut de réfugié de M^{me} Sanchez était soumise à l'application de la disposition d'exclusion, alors qu'en réalité elle dépend de la question de savoir si M. Moreno sera persécuté s'il retourne au Salvador. Le raisonnement applicable aux revendications de statut de réfugié du conjoint et de la personne à charge est simple. Si le demandeur principal risque vraisemblablement d'être persécuté, les personnes à sa charge courent vraisemblablement le même risque du fait de cette relation; voir *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.), les motifs du juge Heald, à la page 123; *Djama c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-738-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5/6/92, C.A.F., encore inédit; et *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (C.A.F.). La probabilité que l'appelante soit persécutée n'est pas éteinte simplement du fait que la disposition d'exclusion rend la revendication de l'appellant irrecevable.

Pour les fins de la discussion, présumons que la Commission ait décidé que l'appellant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été l'applicabilité de la disposition d'exclusion. Présu-mons également que la Commission n'a commis aucune erreur à cet égard. Pour quel motif juridique pourrait-on rejeter la revendication de l'appelante? Pour aucun. La question de savoir s'il existe de «sérieuses raisons de penser» que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité n'a aucun rapport avec la revendication du statut de réfugié de la conjointe et des personnes à charge qui n'ont jamais participé, directement ou indirectement, à de tels crimes. La disposition d'exclusion ne peut servir à promouvoir efficacement une justice vengeresse aux dépens des membres innocents de la famille.

J'aimerais également souligner que la question posée ci-dessus est distincte de celle qui a été soulevée par l'intimé et débattue en appel. L'avocate a formulé la question dans les termes suivants:

Did the Refugee Division err in not considering the female Appellant's claim for Convention refugee status independently of her husband's claim?

It is true that Ms. Sanchez did not make an independent claim to refugee status in the sense that she did not advance grounds for fearing persecution which differed from those of her husband. For example, she could have alleged possible persecution on the ground that she is married to a person who is accused or guilty of crimes against humanity. Whether or not the failure to raise independent grounds of persecution and to adduce proper evidence of such at the time of the hearing would preclude her from raising the matter on appeal is an issue which we need not resolve; see *Caballero, supra*. Thus, the fact that Ms. Sanchez did not advance independent grounds is of no consequence in the present circumstances.

It follows that the Board erred in law by failing to determine whether, for the purpose of evaluating the female appellant's dependant refugee claim, the male appellant would have been declared a Convention refugee.

CONCLUSION

In my opinion, the Board erred when it denied the female appellant's claim without first determining whether her husband met the inclusion criteria set out in the Act. This error, together with the Board's erroneous finding that there are "serious reasons for considering" that the male appellant committed crimes against humanity are sufficient grounds on which to allow the appeal.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Board dated April 22, 1991, and remit the matter to a differently constituted panel for consideration on the basis that section F of Article 1 of the Convention has no application to the refugee claim of each of the appellants.

MAHONEY J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

[TRANSDUCTION] La section du statut de réfugié a-t-elle commis une erreur en ne considérant pas la revendication du statut de réfugié de l'appelante indépendamment de la revendication de son époux?

Il est vrai que M^{me} Sanchez n'a pas présenté une revendication du statut de réfugié distincte en ce qu'elle n'a soumis aucun motif de crainte d'être persécutée autre que ceux de son époux. Elle aurait pu alléguer par exemple la crainte d'être persécutée du fait qu'elle est l'épouse d'une personne accusée ou coupable de crimes contre l'humanité. Il ne nous appartient pas de décider si son défaut de soulever des motifs indépendants de persécution et de présenter une preuve régulière à cet égard au moment de l'audience l'empêche de soulever la question en appel; voir *Caballero*, précité. Par conséquent, le fait que M^{me} Sanchez n'ait soumis aucun motif distinct est sans conséquence dans les circonstances de l'es-
pèce.

Il s'ensuit que la Commission a commis une erreur de droit en ne décidant pas si, pour les fins de l'appréciation de la revendication du statut de réfugié de l'appelante à titre de personne à charge, l'appelant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention.

CONCLUSION

À mon avis, la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a rejeté la revendication de l'appelante sans d'abord déterminer si son époux satisfaisait au critère d'inclusion énoncé dans la Loi. Cette erreur, jointe à la conclusion erronée de la Commission qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que l'appelant a commis des crimes contre l'humanité, sont des motifs suffisants pour accueillir l'appel.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Commission rendue le 22 avril 1991, et je renverrais l'affaire à un tribunal formé différemment pour qu'il tienne compte du fait que la section F de l'article premier de la Convention ne s'applique à la revendication du statut de réfugié ni de l'un ni de l'autre des appelants.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.