

A-686-90

A-686-90

Saul Vicente Ramirez (*Appellant*)Saul Vicente Ramirez (*appelant*)

v.

c.

Minister of Employment and Immigration  
(*Respondent*)<sup>a</sup> Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)*INDEXED AS: RAMIREZ v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*<sup>b</sup> *RÉPERTORIÉ: RAMIREZ c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*Court of Appeal, Stone, MacGuigan and Linden  
J.J.A.—Toronto, January 30; Ottawa, February 7,  
1992.Cour d'appel, juges Stone, MacGuigan et Linden,  
J.C.A.—Toronto, 30 janvier; Ottawa, 7 février 1992.

*Immigration — Refugee status — Exclusion from refugee status for having committed war crime or crime against humanity — Standard for exclusion: "serious reason for considering" claimant committed such crime — Extent to which accomplices in atrocities should be subject to exclusion — Necessity for mens rea — Criterion of personal and knowing participation in persecutorial acts, rest to be decided in relation to facts of particular case — Where claimant active part of military forces habitually committing atrocities and fully aware thereof, cannot succeed in disengaging himself merely by ensuring never himself inflicted pain or pulled trigger.*

<sup>c</sup> *Immigration — Statut de réfugié — Exclusion du statut de réfugié pour crime de guerre ou crime contre l'humanité — Norme d'exclusion: «raisons sérieuses de penser» que le demandeur a commis un tel crime — Mesure dans laquelle les complices aux atrocités commises devraient faire l'objet de l'exclusion — Nécessité de la mens rea — Critère de la participation personnelle et consciente aux actes, le reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l'affaire — Étant un élément actif des forces militaires qui commettaient habituellement des atrocités, pleinement conscient de ces actes, le demandeur ne peut réussir à s'en dissocier simplement en prenant garde de n'être jamais celui qui infligeait la douleur ou pressait sur la détente.*

*International law — Interpretation of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Schedule to Canada Immigration Act), Art. 1(F) providing for exclusion from refugee status "where there are serious reasons for considering" refugee claimant has committed war crime or crime against humanity — Not to be interpreted by reference only to Criminal Code section based on common law, but one of world's legal systems — Following World War II atrocities, Convention signatories wishing broad power to exclude refugees if guilty of war crimes — Complicity — Necessity for mens rea — Criterion of personal and knowing participation in persecutorial acts, rest to be determined in relation to facts of particular case.*

<sup>f</sup> *Droit international — Interprétation de l'Art. 1(F) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (Annexe à la Loi sur l'immigration du Canada), qui prévoit l'exclusion du statut de réfugié des demandeurs «dont on aura des raisons sérieuses de penser» qu'ils ont commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité — L'interprétation ne doit pas tenir compte seulement de l'article du Code criminel fondé sur la common law qui n'est qu'un seul des systèmes juridiques du monde — Après les atrocités de la Seconde Guerre mondiale, les signataires de la Convention ont voulu se réserver un vaste pouvoir d'exclusion du statut de réfugié à l'égard des auteurs de crimes de guerre — Complicité — Nécessité de la mens rea — Critère de la participation personnelle et consciente aux actes de persécution, le reste devant être tranché en fonction des faits particuliers de l'affaire.*

Before the Refugee Division, the appellant had established that he had a well-founded fear of persecution by reason of his political opinion. It nevertheless excluded him from protection because it found that there were serious reasons for considering that, while serving with the Salvadoran armed forces, he had committed a war crime or a crime against humanity within the meaning of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*.

<sup>h</sup> *Devant la section du statut de réfugié, l'appelant a établi qu'il craignait avec raison d'être persécuté pour ses opinions politiques. Elle l'a néanmoins exclu de la protection prévue parce qu'elle a conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que, pendant son service au sein des forces armées salvadoriennes, il a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés.*

The appellant has never been formally charged with a crime, and it was his own evidence which the Refugee Division used against him to exclude him. This was an appeal from the Refugee Division's decision.

<sup>i</sup> *L'appelant n'a jamais été formellement accusé d'un crime et c'est son propre témoignage que la section du statut de réfugié a utilisé contre lui pour l'exclure. La Cour était saisie d'un appel formé contre la décision de la section du statut de réfugié.*

*Held*, the appeal should be dismissed.

The words "serious reasons for considering" must be taken to establish a lower standard of proof than the balance of probabilities. This was consistent with the fact that in the aftermath of World War II atrocities, the signatory states to the 1951 Convention intended to preserve for themselves a wide power of exclusion from refugee status where perpetrators of war crimes were concerned. The parties agreed that the burden of establishing "serious reasons for considering" rested on the Government.

The most controversial legal issue herein had to do with the extent to which accomplices ("one who knowingly, voluntarily and with common intent unites with the principal offender in the commission of a crime"—*Black's Law Dictionary*), as well as principal actors, in international crimes should be subject to exclusion, since the Refugee Division held in part that the appellant was guilty "in aiding and abetting in the commission of such crimes".

The "liability" of accomplices was not to be determined exclusively by reference to the "parties to an offence" section of the *Criminal Code*. Code section 21 was based on the common law approach to aiding and abetting and an international convention ought not to be considered in light of but one of the world's legal systems. *Mens rea* in the sense of personal and knowing participation was required.

Mere membership in an organization which from time to time committed international offences was not normally sufficient for exclusion from refugee status. However, where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts. Nor was mere presence at the scene of an offence enough to qualify as personal and knowing participation, though presence coupled with additional facts could well lead to a conclusion of such involvement. The Federal Court decision in *Naredo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (where, in the case of members of a torture squad who did not themselves apply force to any of the detainees, the Trial Division refused extraordinary remedies on the ground that the applicants had aided and abetted the commission of the crimes) was correctly decided on its particular facts, but cannot establish a general rule that those who look on are always as guilty as those who act. 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.

The finding of the Refugee Division, relating to the appellant's participation as a principal actor, could not be upheld, since there was no evidence to sustain it. Since it was unclear what legal test was applied by the Refugee Division in its find-

*Appel*: l'appel devrait être rejeté.

Les mots «raisons sérieuses de penser» doivent être interprétés comme établissant une norme de preuve moindre que la prépondérance des probabilités. Cette solution concorde avec l'intention des États signataires de la Convention de 1951 qui ont voulu, après les atrocités de la Seconde Guerre mondiale, se réserver un vaste pouvoir d'exclusion du statut de réfugié à l'égard des auteurs de crimes de guerre. Les parties ont convenu que le fardeau d'établir l'existence de «raisons sérieuses de penser» incombait au gouvernement.

En l'espèce, la question juridique la plus litigieuse porte sur la mesure dans laquelle les complices ([TRADUCTION] «personne qui sciemment, volontairement, et dans une intention commune se joint à l'auteur principal d'un crime pour la perpétration de celui-ci»—*Black's Law Dictionary*) doivent, tout comme les auteurs principaux de crimes internationaux, faire l'objet de l'exclusion car la section du statut de réfugié a conclu, entre autres, que l'appelant était coupable de «complicité dans la commission de tels crimes».

La responsabilité des complices ne devait pas être tranchée en ne tenant compte que de l'article du *Code criminel* traitant des parties à l'infraction. L'article 21 du Code est issu des règles de la common law en matière d'aide et d'encouragement et une convention internationale ne saurait s'interpréter à la lumière d'un seul des systèmes juridiques du monde. L'existence de la *mens rea* au sens d'une participation personnelle et consciente était nécessaire.

La simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales n'est pas normalement suffisante pour exclure quelqu'un de l'application des dispositions relatives au statut de réfugié. Cependant, lorsqu'une organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d'une police secrète, la simple appartenance à une telle organisation peut impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution. De la même façon, la simple présence d'une personne sur les lieux d'une infraction ne permet pas d'établir sa participation personnelle et consciente, bien que la présence jointe à d'autres faits puisse faire conclure à une telle participation. Les faits de l'affaire *Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (dans laquelle la Section de première instance a refusé aux membres d'une équipe qui torturait des prisonniers les recours extraordinaires qu'ils demandaient parce qu'ils avaient aidé à la perpétration des crimes commis ou l'avaient encouragée) donnaient bien ouverture à la conclusion à laquelle la Cour fédérale est arrivée mais ils ne sauraient établir une règle générale voulant que ceux qui regardent soient toujours aussi coupables que ceux qui agissent. 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.

Il n'est pas possible de maintenir la conclusion qu'a tirée la section du statut de réfugié relativement à la participation de l'appelant comme auteur principal puisqu'elle ne repose sur aucune preuve. Comme il est impossible de discerner claire-

ing that the appellant was an accomplice, it erred in law and its decision would have to be set aside and the matter remitted to it for redetermination unless, on the basis of the correct approach, no properly instructed tribunal could have come to a different conclusion.

In view of the fact that the appellant was an active part of the Salvadoran military forces for whom the torture and killing of captives had become a way of life, and since he was fully aware of what was happening, he could not succeed in disengaging himself merely by ensuring that he was never the one to inflict the pain or pull the trigger. His presence at a very large number of incidents of persecution, coupled with his sharing in the common purpose of the military forces, clearly constitutes complicity. There was no need to define at what point complicity may be said to have been established, because this case was not near the borderline. No properly instructed tribunal could fail to come to the conclusion that the appellant had been personally and knowingly involved in persecutorial acts.

The defence of duress could not justify his complicity because the harm to which he would have exposed himself by some form of dissent or non-participation was clearly less than the harm inflicted on the victims.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1), 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 27(1)(g),(h), 46.01(1)(d)(i) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 82.3 (as enacted *idem*, s. 19).  
*London Charter of the International Military Tribunal, annexed to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis* (London Charter of the International Military Tribunal), 8 August, 1945, 82 U.N.T.S. 279, Art. 6.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1 (F).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Grewal v. Minister of Employment and Immigration Canada*, A-972-82, Pratte J.A., judgment dated 23/2/83, F.C.A., not reported; *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.); *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985).

ment le critère juridique appliqué par la section pour statuer que l'appellant était un complice, il nous faut conclure qu'elle a commis une erreur de droit, annuler sa décision et lui renvoyer l'affaire pour redétermination, à moins qu'on puisse affirmer qu'aucun tribunal correctement instruit, utilisant la méthode d'interprétation appropriée, n'aurait pu parvenir à une conclusion différente.

Compte tenu du fait que l'appellant était un élément actif des forces militaires salvadoriennes pour lesquelles la torture et l'exécution des captifs étaient entrées dans les mœurs et comme il était pleinement conscient de ce qui se passait, il ne pouvait réussir à se dissocier des actes accomplis simplement en prenant garde de n'être jamais celui qui infligeait la douleur ou pressait sur la détente. Sa présence pendant de très nombreux incidents de persécution, jointe au fait qu'il partageait l'objectif commun des forces militaires, constitue clairement une forme de complicité. Il n'était pas nécessaire de déterminer à quel moment cette complicité a pu être établie, car cette affaire n'était pas du tout un cas limite. Aucun tribunal correctement instruit ne pourrait conclure à autre chose qu'à la participation personnelle et consciente de l'appellant aux actes de persécution.

La contrainte invoquée comme moyen de défense ne pouvait justifier sa complicité parce que le danger auquel il se serait exposé en affichant sa dissidence ou en refusant de participer était nettement moins important que le mal infligé aux victimes.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 21.  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] Can. T.S. n° 6, Art. 1 (F).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2(1), 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art. 3), 27(1)(g),(h), 46.01(1)(d)(i) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14), 82.3 (édicte, *idem*, art. 19).  
*Statut du tribunal militaire international de Londres, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe* (Statut du Tribunal militaire international de Londres), le 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279, art. 6.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, A-972-82, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 23-2-83, C.A.F., non publié; *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334; [1984] 3 W.W.R. 1; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.); *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985).

## NOT FOLLOWED:

*Naredo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (S.C. 1981);<sup>a</sup>  
*Fernando Alfonso Naredo (Arduengo) & Neives del Carmen San Martin Salazar Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1980), CLIC 27.13 (I.A.B.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 5th ed., St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "accomplice".  
Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
Grahl-Madsen, A. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.  
Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.  
*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed. by John Burke, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "accomplice".  
Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.  
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 States of Refugees*, Geneva, September 1979.  
Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

## COUNSEL:

*Michael F. Loebach* for appellant.  
*Donald A. MacIntosh* for respondent.

## SOLICITORS:

*Brown, Beattie, O'Donovan*, London, Ontario,<sup>g</sup>  
for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*<sup>h</sup>

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal under section 82.3 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the "Act"), of a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board ("Refugee Division"), dated March 14, 1990, in which the Refugee Division determined that the appellant was not a Convention refugee.<sup>j</sup>

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (S.C. 1981);  
*Fernando Alfonso Naredo (Arduengo) & Neives del Carmen San Martin Salazar Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1980), CLIC 27.13 (C.A.I.).

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 5th ed., St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «*accômplice*».  
Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
Grahl-Madsen, A. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.  
Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.  
*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., John Burke, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, «*accomplice*».  
Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Éditions Yvon Blais, 1988.  
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à 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.  
Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

## AVOCATS:

*Michael F. Loebach* pour l'appellant.  
*Donald A. MacIntosh* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Brown, Beattie, O'Donovan*, London (Ontario),  
pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel interjeté en vertu de l'article 82.3 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2 (la «Loi») à l'encontre d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Ladite section avait déterminé, le 14 mars 1990, que l'appellant n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

This case is unusual in that the Refugee Division found that the claimant had established that he had a well-founded fear of persecution by reason of his political opinion, but nevertheless excluded him from protection by virtue of section F of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (the "Convention"). The definition of "Convention refugee" in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act states that it

2. (1) . . .

"Convention refugee" . . .

. . . 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;

The relevant part of section F of Article 1 of the Convention, as set out in the Schedule to the Act is as follows:

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

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

In the case at bar the crime in question is either a war crime or a crime against humanity. It is certainly not a crime against peace, and would normally be included in crimes against humanity.<sup>1</sup> However, since we are, on the facts under consideration, concerned with crimes committed in the course of what is either a civil war or a civil insurrection, and nothing hangs on whether one category or the other is the more relevant, I have chosen to employ the term "international crimes" to refer indifferently to both classes of crime.

<sup>1</sup> Professor James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1991, at p. 217, includes "genocide, slavery, torture, and apartheid" as crimes within this category. Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1983, at pp. 59-60, writes that "The notion of crimes against humanity inspired directly the 1948 Genocide Convention, Article II of which defines the crime under international law".

La décision revêt un aspect inhabituel en ce que la section du statut de réfugié a jugé que le demandeur avait prouvé qu'il craignait avec raison d'être persécuté pour ses opinions politiques, mais elle l'a quand même exclu de la protection prévue en invoquant la section F de l'Article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la «Convention»). La définition de réfugié au sens de la Convention contenue au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi renferme la disposition suivante:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» . . .

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.

L'extrait pertinent de la section F de l'Article premier de la Convention reproduite dans l'annexe 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;

En l'espèce, le crime dont il est question est un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il ne s'agit certainement pas d'un crime contre la paix et, normalement, il entrerait dans la catégorie des crimes contre l'humanité<sup>1</sup>. Toutefois, comme les faits qui nous occupent ont rapport à des crimes commis au cours de ce qui est soit une guerre soit une insurrection civile et qu'il n'est pas nécessaire de déterminer quelle est la catégorie la plus pertinente, j'ai résolu d'employer l'expression «crimes internationaux» pour désigner indifféremment les deux catégories de crimes.

<sup>1</sup> Le professeur James C. Hathaway, dans son ouvrage *The Law of Refugee Status* paru en 1991, inclut dans cette catégorie le génocide, l'esclavage, la torture et l'apartheid (à la p. 217). Guy S. Goodwin-Gill écrit, dans *The Refugee in International Law*, 1983, aux p. 59 et 60: [TRADUCTION] «La notion de crime contre l'humanité a directement inspiré la Convention sur le génocide de 1948, dont l'article II définit le "crime selon le droit international"».

Applying this provision to the activities of the appellant, the Refugee Division concluded as follows (Appeal Book II, at page 402):

The claimant is not a major war criminal. We do not have the benefit of times, places and description of activities. We do not have witnesses. However we do have the claimant's own testimony which we believe meets the "serious reasons for considering" standard of proof which is set out in section F.

As a result, the Refugee Division determines that although the claimant has demonstrated that he has a well-founded fear of persecution on the basis of his political opinion, his activities, while serving with Salvadoran armed forces, fall clearly within the confines of the exclusion clause, section F(a) of Article I of the Convention.

## I

There is a dearth of authority with respect to the interpretation of the Convention. The introductory clause contains the ambiguous phrase "serious reasons for considering" referred to by the Refugee Division. On this A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, 1966, at pages 289-290, has this to say:

The words 'serious reasons for considering' make it clear that it is not a condition for the application of Article I F (b) that the person concerned has been convicted or formally charged or indicted of a crime. The person's own confession, the testimonies of other persons, or other trustworthy information may suffice. On the other hand the wording of the paragraph suggests that a person may be allowed to refute the accusations levelled against him, even if he has been convicted by a final judgment. If a person is able to establish his innocence, there is clearly no reason why he should be denied status as refugee.

In the case at bar, the appellant has never been formally charged with a crime, and it was his own evidence which the Refugee Division used against him to exclude him, an approach in conformity with the Convention.

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 inad-

En appliquant la disposition susmentionnée aux actions de l'appelant, la section du statut de réfugié est parvenue à la conclusion suivante (dossier d'appel, vol. II, à la page 402):

<sup>a</sup> Le demandeur n'est pas un grand criminel de guerre. Nous ne connaissons pas les dates, les lieux et les détails des actes qu'il a posés. Nous n'avons pas de témoins. Nous disposons cependant de son propre témoignage et nous croyons qu'il satisfait au critère des «raisons sérieuses de penser» énoncé à la section F.

<sup>b</sup> Par conséquent, la Section du statut de réfugié conclut que, même si le demandeur a prouvé qu'il avait une crainte justifiée de la persécution fondée sur son opinion politique, ses activités pendant son service au sein des forces armées salvadoriennes entrent clairement dans les limites de la clause d'exclusion de l'alinéa Fa) de l'article premier de la Convention.

## I

Peu d'auteurs ou de tribunaux se sont penchés sur l'interprétation à donner à la Convention. La clause introductive de celle-ci renferme l'expression ambiguë «raisons sérieuses de penser» mentionnée par la section du statut de réfugié. A. Grahl-Madsen a écrit ce qui suit, sur ce sujet, dans son ouvrage *The Status of Refugees in International Law* (1966), aux pages 289 et 290:

[TRADUCTION] Les mots «raisons sérieuses de penser» établissent sans équivoque que l'application de l'alinéa I F b) n'est pas conditionnelle à la condamnation ou à l'inculpation formelle de la personne visée à l'égard d'un crime donné. L'aveu de cette dernière, le témoignage d'autres personnes ou d'autres renseignements dignes de foi peuvent suffire. Par ailleurs, le libellé de cette disposition indique qu'une personne peut être admise à réfuter les accusations portées contre elle, même si elle a été condamnée par un jugement définitif. Si elle est en mesure d'établir son innocence, il est clair que rien ne s'oppose à ce qu'elle obtienne le statut de réfugié.

En l'occurrence, l'appelant n'a jamais été formellement accusé d'un crime, et c'est son propre témoignage que la section du statut de réfugié a utilisé pour l'exclure, une démarche permise par la Convention.

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 per-

missible classes of persons. The most closely related class is that described in paragraph 19(1)(j) [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:

(j) 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)(j), 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)(j) 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 standard 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,<sup>2</sup> it would nevertheless appear that, in the after-

<sup>2</sup> The *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1979, par. 149, at p. 35, states: "Considering the serious consequences of exclusion for the person concerned, however, the interpretation of these exclusion clau-

(Continued on next page)

sonnes non admissibles. La catégorie la plus pertinente est celle qui est décrite à l'alinéa 19(1)(j) [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 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<sup>e</sup> suppl.), chap. 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)(j) 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)(j), que le Parlement était prêt à envisager, pour ce type de cas, une norme moins exigeante que la norme civile 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 insistent sur la nécessité de donner une interprétation restrictive à la disposition d'exclusion<sup>2</sup>, il appert qu'à la

<sup>2</sup> Le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (1979), énonce au para. 149: «Cependant, compte tenu de leurs conséquences graves pour les intéressés, les clauses d'exclusion doivent être interprétées restric-

(Suite à la page suivante)

math of Second World War atrocities, the signatory states to this 1951 Convention intended to preserve for themselves a wide power of exclusion from refugee status where perpetrators of international crimes are concerned.

The U.N.H.C.R. Handbook, *supra*, at page 35, states:

147. The pre-war international instruments that defined various categories of refugees contained no provisions for the exclusion of criminals. It was immediately after the Second World War that for the first time special provisions were drawn up to exclude from the large group of then assisted refugees certain persons who were deemed unworthy of international protection.

148. At the time when the Convention was drafted, the memory of the trials of major war criminals was still very much alive, and there was agreement on the part of States that war criminals should not be protected. There was also a desire on the part of States to deny admission to their territories of criminals who would present a danger to security and public order.

149. The competence to decide whether any of these exclusion clauses are applicable is incumbent upon the Contracting State in whose territory the applicant seeks recognition of his refugee status.

Hathaway, *supra*, at pages 215-216, provides more vivid detail as to the intention of the drafters:

While the drafters of the Convention were unanimously of the view that war criminals should not be entitled to claim refugee status, there was disagreement on two points. First, the United States argued that countries should be allowed to treat war criminals as refugees, although they should not be compelled to do so. Most representatives, however, were strongly of the view that discretion of this kind could undermine the integrity of refugee status.

The compromise which emerged consisted of the mandatory exclusion of an undefined category of persons who had committed "a crime against peace . . ." This satisfied the majority of delegates who wanted a strong stand against the sheltering of war criminals; the United States was content that the definition was sufficiently vague to allow for the injection of domestic discretion . . . [Footnotes omitted.]

(Continued from previous page)

ses must be restrictive." Goodwin-Gill, *supra*, at p. 62, writes: "A person with a well-founded fear of very severe persecution, such as would endanger life or freedom, should only be excluded for the most serious reasons."

suite des atrocit es commises pendant la Seconde Guerre mondiale, les  tats 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.

Le Guide du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (*supra*)  nonce à la page 38:

147. Les instruments internationaux antérieurs à la Seconde Guerre mondiale qui définissaient différentes catégories de réfugiés ne contiennent aucune disposition excluant les criminels de leur champ d'application. C'est immédiatement après la guerre que, pour la première fois, des dispositions spéciales ont été élaborées en vue d'exclure du bénéfice de l'assistance alors accordée aux nombreux réfugiés certaines personnes qui étaient jugées indignes de la protection internationale.

148. Au moment où la Convention a été élaborée, le souvenir des procès des grands criminels de guerre était encore très présent et les  tats se sont accordés à reconnaître que les criminels de guerre ne devaient pas être protégés. En outre, les  tats voulaient être à même de refuser l'accès à leur territoire à des criminels qui seraient un danger pour la sécurité et l'ordre public.

149. C'est à l'état contractant sur le territoire duquel l'intéressé demande la reconnaissance de son statut de réfugié qu'il appartient de décider si celui-ci tombe sous le coup de l'une ou l'autre de ces clauses d'exclusion.

Hathaway, dans son ouvrage précité, fournit des détails plus précis concernant l'intention des rédacteurs de la Convention (aux pages 215 et 216):

[TRADUCTION] L'unanimité des rédacteurs de la Convention sur le fait que les criminels de guerre ne devaient pas avoir le droit de revendiquer le statut de réfugié ne les empêchait pas de différer d'avis sur deux points. D'abord, les  tats-Unis soutenaient que les pays devaient avoir la possibilité, mais non l'obligation, de traiter les criminels de guerre comme des réfugiés. La plupart des représentants, toutefois, exprimaient la ferme opinion qu'une telle discrétion pourrait porter atteinte à l'intégrité du statut de réfugié.

Le compromis qui prit forme consistait en l'exclusion obligatoire d'une catégorie non définie de personnes ayant commis un «crime contre la paix . . .». La majorité des délégués, qui souhaitaient une position ferme contre l'octroi du droit d'asile aux criminels de guerre, furent satisfaits; les  tats-Unis se réjouissent de ce que la définition était suffisamment vague pour permettre l'exercice d'une discrétion interne . . . [Les renvois ont été omis.]

(Suite de la page précédente)

tivement». Goodwin-Gill écrit, à la p. 62 de son ouvrage précité: [TRADUCTION] «Une personne qui craint avec raison d'être l'objet de très graves actes de persécution pouvant, par exemple, menacer sa vie ou sa libert , ne devrait être exclue que pour les raisons les plus sérieuses».



I do not view a less-than-civil-law onus, however, as amounting to “domestic discretion,” because I believe it is in accord with the international standard, and assigns roughly equal weight to the terms “serious” and “considering” within that standard.

There was no issue between the parties as to which party bore the onus. Both agreed that the burden of establishing serious reasons for considering that international offences had been committed rested on the party asserting the existence of such reasons, i.e., the respondent. Aside from avoiding the proving of a negation by a claimant, this also squares with the onus under paragraph 19(1)(j) of the Act, according to which it is the Government that must establish that it has reasonable grounds for excluding claimants. 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.

In the case at bar the most controversial legal issue has to do with the extent to which accomplices,<sup>3</sup> as well as principal actors, in international crimes should be subject to exclusion, since the Refugee Division held in part that the appellant was guilty “in

<sup>3</sup> I am using the word more in its American than in its English sense as “one who knowingly, voluntarily and with common intent unites with the principal offender in the commission of a crime” (*Black’s Law Dictionary*, 5th ed., 1979). The English sense appears to include principals as well as accessories: *Jowitt’s Dictionary of English Law*, 2nd ed., 1977. Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed., 1961, at pp. 346-353 writes:

In felonies there are four degrees of participation. A felon may be principal in the first degree, principal in the second degree, accessory before the fact, or accessory after the fact.

Participants of any degree (that is, including the principal in the first degree) are termed, accomplices . . . .

A principal in the second degree . . . may be defined as one who (not being a principal in the first degree) “aids and abets” at the time of the commission of the crime. . . . [T]he term “abettor” makes a convenient synonym for principal in the second degree.

Je ne considère pas, toutefois, qu’un fardeau de preuve inférieur à la norme prévue en droit civil équivaille à l’exercice d’une «discretion interne», car j’estime que ce fardeau est conforme à la norme internationale et qu’il attribue approximativement la même importance aux mots «sérieuses» et «penser» employés dans l’énoncé de ce critère.

La question de savoir qui assume le fardeau de la preuve n’est pas en litige. Les deux parties s’entendent sur le fait que c’est à la partie qui invoque l’existence de raisons sérieuses de penser que des infractions internationales ont été commises qu’il incombe de les prouver, c’est-à-dire l’intimé. En plus d’éviter aux demandeurs d’avoir à prouver un élément négatif, cette attribution du fardeau est également conforme à l’alinéa 19(1)(j) de la Loi, qui impose au gouvernement la charge de démontrer qu’il a des motifs raisonnables d’exclure les demandeurs. 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.

En l’espèce, la question juridique la plus litigieuse porte sur la mesure dans laquelle les complices<sup>3</sup> doivent, tout comme les auteurs principaux de crimes internationaux, faire l’objet de l’exclusion. En effet, la section du statut de réfugié a conclu, entre autres,

<sup>3</sup> Dans la version anglaise de mes motifs, j’utilise le mot «accomplice» dans son sens américain de [TRADUCTION] «personne qui sciemment, volontairement, et dans une intention commune se joint à l’auteur principal d’un crime pour la perpétration de celui-ci» (*Black’s Law Dictionary*, 5<sup>e</sup> éd., 1979) plus que dans son sens anglais, où il semble désigner l’auteur principal aussi bien que les complices (*Jowitt’s Dictionary of English Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1977). Glanville Williams écrit ce qui suit aux p. 346 à 353 de *Criminal Law: The General Part*, 2<sup>e</sup> éd., 1961:

[TRADUCTION] Il existe quatre modalités de participation à l’égard d’une *felony*: le principal au premier degré, le principal au second degré, le complice avant le fait et le complice après le fait.

Tous les participants, quel que soit leur degré de participation (y compris, donc, le principal au premier degré) sont qualifiés de complices . . .

Un principal au second degré . . . peut être défini comme la personne (autre que le principal au premier degré) qui «aide et encourage (*aids and abets*)» au cours de la commission du crime. . . . [L]e terme *abettor* constitue donc [en anglais] un synonyme commode de principal au second degré.

aiding and abetting in the commission of such crimes” (Appeal Book, at page 401), and it is on this finding that, as will become apparent, the respondent’s case must rest.

The Convention provision refers to “the international instruments drawn up to make provisions in respect of such crimes.” One of these instruments is the London Charter of the International Military Tribunal, Article 6 of which provides in part (reproduced by Grahl-Madsen, at page 274):

Leaders, organisers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

I believe this evidence is decisive of the inclusion of accomplices as well as principal actors, but leaves to be answered the very large question as to the extent of participation required for inclusion as an “accomplice”.

It was common ground to both parties during argument that it is not open to this Court to interpret the “liability” of accomplices under this Convention exclusively in the light of section 21 of the Canadian *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], which deals with parties to an offence, since that provision stems from the traditional common law approach to “aiding” and “abetting.”<sup>4</sup> An international convention cannot be read in the light of only one of the world’s legal systems.

Hathaway, *supra*, at page 218, refers to a “*mens rea* requirement,” implying a “knowing” state of mind. He states (at page 220):

The last question to be addressed is the degree of involvement required to justify criminal liability. While mere presence at the scene of a crime may not be actionable, (*Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (U.S.S.C. 1981)) exclusion is warranted “when the evidence establishes that the individual in question personally ordered, incited, assisted or otherwise participated in the persecution . . .” (*Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427, at 1431 (U.S.C.A. 9th Cir. 1985)).

<sup>4</sup> Admittedly, the respondent appeared to come to this conclusion primarily by reason of the difference between the burdens of proof in the *Criminal Code* and here.

que l’appelant était coupable de «complicité dans la commission de tels crimes» (dossier d’appel, à la page 401), et c’est cette conclusion qui, nous le verrons, doit fonder l’argumentation de l’intimé.

<sup>a</sup> La Convention fait mention des «instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes». L’Accord de Londres/Tribunal militaire international est l’un de ces instruments. <sup>b</sup> L’article 6 de ce document prévoit, entre autres, ce qui suit [reproduit par Grahl-Madsen, à la page 274]:

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l’élaboration ou à l’exécution d’un plan concerté ou d’un complot pour commettre l’un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.

Je crois que cet élément indique de façon concluante que les complices sont visés au même titre que les auteurs principaux. Mais il reste à déterminer le degré de participation requis pour être un complice.

Les deux parties ont convenu, pendant leur argumentation, que la Cour ne peut analyser la responsabilité des complices aux termes de la Convention en ne tenant compte que du seul article 21 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] canadien, traitant des parties à une infraction. En effet, cet article est issu des règles traditionnelles de la common law en matière d’aide et d’encouragement<sup>4</sup>. Or, une convention internationale ne saurait s’interpréter à la lumière d’un seul des systèmes juridiques du monde.

<sup>g</sup> Hathaway (*supra*) fait état de l’exigence de l’existence de la *mens rea*, ce qui implique une connaissance. Il écrit (à la page 220):

[TRADUCTION] La dernière question qui se pose est celle du degré de participation requis pour entraîner la responsabilité criminelle. Il se peut que la simple présence sur les lieux d’un crime ne soit pas sanctionnable (*Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (U.S.S.C., 1981)), mais il faut appliquer l’exclusion «lorsque la preuve établit que la personne visée a personnellement ordonné l’acte de persécution, a incité à le commettre, a aidé à la perpétration ou y a autrement participé» . . . (*Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427, à la p. 1431 (U.S.C.A., 9th Cir. 1985)).

<sup>4</sup> Il faut reconnaître que l’intimé paraît être arrivé à cette conclusion à cause, principalement, de la différence des fardeaux de preuve prévus par le *Code criminel* et par la Convention.

The two U.S. deportation decisions cited by Hathaway, although interpreting related domestic legislation, are helpful with respect to the appropriate degree of participation. Thus, in *Laipenieks* the Ninth Circuit Court of Appeals reviewed the U.S. law as follows (at page 1431):

*Fedorenko* stated that the proper analysis under the statute was whether the acts of the individual amounted to assisting in the persecution of civilians:

[A]n individual who did no more than cut the hair of female inmates before they were executed cannot be found to have assisted in the persecution of civilians. On the other hand, there can be no question that a guard who was issued a uniform and armed with a rifle and a pistol, who was paid a stipend and was regularly allowed to leave the concentration camp to visit a nearby village and who admitted to shooting at escaping inmates on orders from the commandant of the camp, fits within the statutory language about persons who assisted in the persecution of civilians. Other cases may present more difficult line-drawing problems but we need decide only this case.

In *Osidach*, 513 F.Supp. at 70, the court read the above language as requiring that in order to establish "participation" or "assistance", the act of participation must involve "some personal activity involving persecution".

This interpretation is mandated first by the plain language of Section 1251(a)(19). The statutory provision clearly states that deportability is established when the "alien" has been found to have ordered, incited, assisted or otherwise participated in persecutorial acts. Mere acquiescence or membership in an organization is insufficient to trigger the deportability provision of Section 1251(a)(19).

Second, the intent of the legislation demonstrates that active personal involvement in persecutorial acts needs to be demonstrated before deportability may be established.

I am not unmindful of the dangers of reading an international convention in the light of the interpretation of domestic American law by American courts, and I do not propose to do so. Nevertheless, the American case law represents a helpful starting point as to the meaning of the word "committed" in the Convention. From the premise that a *mens rea* interpretation is required, I find that the standard of "some personal activity involving persecution," understood as implying a mental element or knowledge, is a use-

Les deux décisions américaines citées par Hathaway en matière d'expulsion peuvent nous aider dans l'évaluation du degré approprié de participation, même si elles interprètent des lois internes connexes. Ainsi, dans l'affaire *Laipenieks*, la Court of Appeals du neuvième circuit a analysé le droit américain applicable de la façon suivante (à la page 1431):

[TRADUCTION] On a affirmé, dans *Fedorenko*, que l'analyse à laquelle il convenait de se livrer en application de la loi consistait à déterminer si les actes accomplis par la personne en cause équivalaient à aider à persécuter des civils:

Une personne qui n'a rien fait de plus que de couper les cheveux des prisonnières avant leur exécution ne peut être reconnue coupable d'avoir aidé à persécuter des civils. Par ailleurs, il ne fait aucun doute qu'un gardien à qui on avait donné un uniforme, une carabine et un pistolet, qui touchait une solde, obtenait régulièrement l'autorisation de quitter le camp de concentration pour se rendre au village voisin et qui a avoué avoir tiré sur des prisonniers en fuite, sur les ordres du commandant du camp, correspond à la définition que donne la loi des personnes qui aident à la persécution des civils. Il peut arriver, dans d'autres cas, que la distinction soit plus difficile à faire, mais la Cour n'a à statuer que sur la présente espèce.

Dans l'affaire *Osidach*, 513 F.Supp., à la p. 70, la Cour a considéré que le texte précité exigeait, pour établir la «participation» ou «l'aide», que l'acte participatif fasse intervenir «une forme d'activité personnelle de persécution»

Cette interprétation s'impose, d'abord, à cause du libellé même de l'alinéa 1251a)(19), qui affirme clairement que l'expulsion est applicable lorsqu'il est établi que l'«étranger» a ordonné un acte de persécution, a incité à le commettre, a aidé à sa perpétration ou y a autrement participé. Le simple acquiescement ou la simple appartenance à un organisme ne suffit pas à rendre quelqu'un passible d'expulsion en vertu de l'alinéa 1251a)(19).

Deuxièmement, l'objet de la loi démontre qu'il faut prouver une participation personnelle active aux actes de persécution pour qu'il y ait ouverture à l'expulsion.

Je n'ignore pas le danger qu'il y a à interpréter une convention internationale à l'aide de l'interprétation que les tribunaux américains ont fait de leur droit interne et je ne propose pas de procéder ainsi. La jurisprudence américaine peut, néanmoins, fournir un point de départ utile à l'analyse de la signification du mot «commis» employé dans la Convention. En partant de la prémisse qu'une interprétation faisant intervenir la *mens rea* est nécessaire, j'estime que le critère de la «forme d'activité personnelle de

ful specification of *mens rea* in this context. Clearly no one can “commit” international crimes without personal and knowing participation.

What degree of complicity, then, is required to be an accomplice or abettor? A first conclusion I come to is that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status. Indeed, this is in accord with the intention of the signatory states, as is apparent from the post-war International Military Tribunal already referred to. Grahl-Madsen, *supra*, at page 277, states:

It is important to note that the International Military Tribunal excluded from the collective responsibility ‘persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organization and those who were drafted by the State for membership, unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organization. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations’ [International Military Tribunal, i. 256].

It seems apparent, however, that where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts.

Similarly, mere presence at the scene of an offence is not enough to qualify as personal and knowing participation (nor would it amount to liability under section 21 of the Canadian *Criminal Code*), though, again, presence coupled with additional facts may well lead to a conclusion of such involvement. In my view, mere on-looker, such as occurs at public executions, where the on-lookers are simply bystanders with no intrinsic connection with the persecuting group, can never amount to personal involvement, however humanly repugnant it might be. However, someone who is an associate of the principal offenders can never, in my view, be said to be a mere on-looker. Members of a participating group may be rightly considered to be personal and knowing participants, depending on the facts.

persécution», pris comme comportant un élément moral ou une connaissance, constitue une indication utile de la *mens rea* dans ce contexte. À l’évidence, personne ne peut avoir «commis» des crimes internationaux sans qu’il n’y ait eu un certain degré de participation personnelle et consciente.

Quel est, alors, le degré de complicité requis? La première conclusion à laquelle je parviens est que la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu’un de l’application des dispositions relatives au statut de réfugié. De fait, cette conclusion concorde avec l’intention des États signataires, ainsi qu’il appert du Tribunal militaire international de l’après-guerre, mentionné plus haut. Grahl-Madsen affirme (*supra*, à la page 277):

[TRADUCTION] Il importe de signaler que le Tribunal militaire international a exclu de la responsabilité collective «les personnes qui ignoraient les fins criminelles des actes commis par l’organisation et les personnes qui ont été conscrites par l’État, à moins qu’elles n’aient personnellement pris part, en qualité de membres de l’organisation, à la perpétration des actes déclarés criminels par l’article 6 de la Charte. La simple appartenance n’est pas suffisante pour être visée par ces déclarations [Tribunal militaire international, i. 256].

Toutefois, lorsqu’une organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d’une police secrète, il paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution.

De la même façon, la simple présence d’une personne sur les lieux d’une infraction ne permet pas d’établir sa participation personnelle et consciente (pas plus qu’elle n’entraînerait sa responsabilité pénale aux termes de l’article 21 du *Code criminel* du Canada), bien que, encore une fois, la présence jointe à d’autres faits puisse faire conclure à une telle participation. Selon moi, le simple fait de regarder, comme c’est le cas, par exemple, lors d’exécutions publiques, sans entretenir de rapports intrinsèques avec le groupe se livrant aux actes de persécution, ne peut jamais, quelque humainement répugnant qu’il nous paraisse, constituer une forme de participation personnelle. Cependant, un associé des auteurs principaux ne pourrait jamais, à mon avis, être qualifié de simple spectateur. Les membres d’un groupe peuvent

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. Such a principle reflects domestic law (e.g., subsection 21(2) of the *Criminal Code*), and I believe is the best interpretation of international law.

The one Canadian authority in this area, *Naredo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.),<sup>5</sup> did not deal with the Convention as such. In that case Muldoon J. refused *certiorari*, prohibition, and *mandamus* to a husband and wife who had been members of the intelligence service of the Chilean police and who were facing an order of deportation from Canada. The evidence showed that the applicants belonged to a team of four persons which tortured prisoners, frequently to death, but that they did not themselves apply force to any of the detainees, merely acting as guards or as witnesses to the statements extracted from them. On these facts the Court refused the extraordinary remedies requested, on the ground that the applicants had aided or abetted the crimes committed.

In my view, *Naredo* was correctly decided on its facts, but it relied in good part on the definition of parties to an offence contained in section 21 of the Canadian *Criminal Code*, an approach which is not sufficient in the case at bar where what has to be interpreted is an international document of essentially a non-criminal character.

Moreover, in my opinion the Court there cast its net too broadly in stating (at page 112):

Just watching is equally culpable with just torturing. All humans in distress just naturally look for help to other humans,

<sup>5</sup> Hathaway cites the Immigration Appeal Board version of this case, 80-9159, CLIC Notes 27.13, November 20, 1980, per D. Davey, immediately following his citation of the U.S. cases *Fedorenko* and *Laipenieks*. There are in fact Immigration Appeal Board decisions affirming either side of this issue.

à bon droit être considérés comme des participants personnels et conscients, suivant les faits.

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. Ce principe est conforme au droit interne (p. ex. le paragraphe 21(2) du *Code criminel*) et, selon moi, il constitue la meilleure interprétation possible du droit international.

La décision canadienne portant sur ce point, *Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)<sup>5</sup>, n'a pas traité de la Convention comme telle. Dans cette affaire, le juge Muldoon a refusé les brefs de *certiorari*, de prohibition et de *mandamus* demandés par un couple qui avait fait partie du service de renseignements de la police chilienne et qui avait fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion. La preuve avait établi que les requérants étaient membres d'une équipe de quatre personnes qui torturait des prisonniers, souvent jusqu'à la mort, mais qu'ils n'avaient eux-mêmes brutalisé aucun des prisonniers; ils ne faisaient qu'agir comme gardiens ou comme témoins des déclarations arrachées des prisonniers. La Cour a refusé les recours extraordinaires demandés parce qu'il ressortait des faits que les requérants avaient aidé à la perpétration des crimes commis ou l'avait encouragée.

À mon avis, les faits donnaient bien ouverture à une telle conclusion, mais celle-ci repose en grande partie sur la définition que l'article 21 du *Code criminel* du Canada donne des parties à l'infraction. Une telle démarche ne suffit pas en l'espèce, car il faut interpréter un document international de nature essentiellement non pénale.

J'estime en outre que, dans l'affaire *Naredo*, la Cour a trop généralisé lorsqu'elle a dit (à la page 112):

Le seul fait d'assister à la torture est aussi coupable que le fait de l'infliger. Tous les êtres humains en détresse ont natu-

<sup>5</sup> Hathaway cite la décision de la Commission d'appel de l'immigration (C.A.I.) dans cette affaire (80-9159, CLIC 27.13, 20 novembre 1980, D. Davey) tout de suite après les décisions américaines *Fedorenko* et *Laipenieks*. Sur cette question, la C.A.I. a en fait rendu des décisions en faveur de l'une ou l'autre position.

a truth which has been accorded judicial notice. In 1921, in the U.S. case of *Wagner v. International Railroad*, 133 N.E. 147, 19 A.L.R. 1 (N.Y.), the late Mr. Justice Cardozo, albeit in a different context, expressed that which might be a consistent human verity:

“Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences . . . The risk of rescue, if only it be not wanton is born of the occasion.”

Thus, it is so perverse and reprehensible just to watch the torture of a fellow human, no matter with what posture or expression, be it glee or just indifference, without making any gesture to rescue the victim, that the watchers are just as immorally criminal as the wielders of the electrodes, pliers, cigarette butts or instruments of suffocation. To be purposely inflicted with agonizing pain in the presence of other humans who will not come to one's help, is to be doubly tortured, for it creates utter despair. The “mere” watcher is just as culpable a torturer as the actual physical torturer.<sup>6</sup>

No doubt in the circumstances of that case, where four members of a police force who had freely chosen their occupation, were isolated in a room with a victim with no other purpose than collectively to apply torture to the victim, guards, witnesses and watchers were all equally guilty of personal and knowing involvement in persecutorial acts. But, as I see it, that is a determination that can be made only in a particular factual context, and cannot establish a general rule that those who look on are always as guilty as those who act. In fact, in my view there is no liability on those who watch unless they can themselves be said to be knowing participants.

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

<sup>6</sup> To the contrary is the fact that the duty to rescue is not generally recognized in our law, and only in specialized circumstances is such a duty found to exist: see A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed., 1988, at pp. 263ff.

rellement tendance à solliciter l'aide d'autrui. Ce principe a été reconnu en jurisprudence. En 1921, dans l'arrêt américain *Wagner v. International Railroad*, 133 N.E. 147, 19 A.L.R. 1 (N.Y.), le regretté juge Cardozo, bien que dans un contexte différent, a exprimé ce qui pourrait être un principe humain universel:

[TRADUCTION] Le danger est une invitation au sauvetage. Un cri de détresse représente un appel à la délivrance. Le droit tient compte de ces réactions de l'esprit lorsqu'il établit les conséquences d'une conduite . . . La possibilité de sauvetage, pourvu qu'il ne soit pas injustifié, naît de l'occasion.

Ainsi, le seul fait de regarder un autre être humain se faire torturer est tellement pervers et répréhensible, que l'attitude ou l'expression du spectateur en soit une de joie ou simplement d'indifférence, que les spectateurs qui ne font rien pour venir en aide à la victime, sont tout aussi immoralement criminels que ceux qui manipulent les électrodes, les pinces, les mégots de cigarette ou les instruments de suffocation. Celui qui se fait infliger, délibérément par autrui, une douleur atroce en la présence d'autres êtres humains qui ne lui viendront pas en aide, subit une double torture, car il ressent un sentiment de désespoir absolu. Le «simple» spectateur est un tortionnaire aussi coupable que celui qui inflige la souffrance physique<sup>6</sup>.

Dans cette affaire, quatre membres d'un service de police qui avaient librement choisi leur occupation étaient seuls dans une pièce avec une victime dans le but exclusif de torturer collectivement celle-ci. Il ne fait pas de doute, dans ces circonstances, que les gardiens, les témoins et les observateurs sont tous également coupables d'avoir personnellement et sciemment participé aux actes de persécution. J'estime, cependant, qu'une telle conclusion ne peut être tirée que dans un contexte factuel particulier et qu'elle ne peut donner lieu à l'énoncé d'une règle générale voulant que ceux qui regardent soient toujours aussi coupables que ceux qui agissent. En fait, je crois que ceux qui regardent n'engagent leur responsabilité que s'il est possible de conclure qu'ils étaient des participants conscients.

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 abso-

<sup>6</sup> Il faut mentionner, par contre, le fait que notre droit ne reconnaît généralement pas d'obligation de porter secours, sauf en des circonstances particulières (A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Éditions Yvon Blais, 1988, aux p. 316 et ss.).

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.

In my view, it is undesirable to go beyond the criterion of personal and knowing participation in persecutory acts in establishing a general principle. The rest should be decided in relation to the particular facts.

## II

In the case at bar the Refugee Division found the appellant to be for the most part credible, with one significant exception (Appeal Book II, at page 398):

With the exception of his testimony concerning his participating in the torture and killing of civilians, the panel found the claimant's testimony to be credible and trustworthy.

This reservation as to his credibility in respect of the torture and killing of civilians is subsequently explained as follows (Appeal Book II, at page 400):

By his own admission, the claimant participated in what the panel would term "atrocities" against the civilian population. That such atrocities by the military against non-combatants occur is well documented throughout the exhibits filed in evidence in this matter. Previously in these reasons we have outlined the evolution of his testimony. The first admission he made, although lacking in detail, appears to hit right at the heart of the matter. The panel does not believe that his statement is simple machismo.

The Refugee Division refers to this admission as the "first admission he made," which can refer only to the statement they set out several pages earlier (Appeal Book II, at page 397):

Throughout his testimony, the claimant described his personal participation in combat. In the first instance, claimant stated the following:

Q: Okay now, tell us about your term of service.

A: Once I got there they started training me as a soldier. In the beginning I liked this. It was attractive to me. It sort

lument 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.

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.

## II

En l'espèce, la section du statut de réfugié a trouvé le témoignage de l'appelant généralement crédible, à une importante exception près (dossier d'appel, vol. II, à la page 398):

Sauf pour ce qui est des affirmations concernant la participation du demandeur à la torture et à l'exécution de civils, les commissaires considèrent que le témoignage de celui-ci est digne de foi.

La section a par la suite expliqué les motifs de la réserve qu'elle avait exprimée à l'égard de la crédibilité de l'appelant quant à la question de la torture et de l'exécution de civils (dossier d'appel, vol. II, à la page 400):

De son propre aveu, le demandeur a participé à ce que les commissaires qualifieraient d'atrocités contre la population civile. Les documents déposés en preuve dans cette affaire montrent bien l'existence de telles atrocités commises par les militaires contre des non-combattants. Nous avons déjà souligné, dans les présents motifs, l'évolution du témoignage du demandeur. La première affirmation, tout en manquant de détails, semble frapper droit au coeur du sujet. Les commissaires ne croient pas qu'il s'agisse de simple machisme.

La section mentionne l'aveu de l'appelant en employant les termes «la première affirmation». Il ne peut s'agir d'autre chose que de la déclaration qu'elle avait reproduite plus haut dans ses motifs (dossier d'appel, vol. II, à la page 397):

Tout au long de son témoignage, le demandeur a décrit sa participation personnelle aux combats. Dans le premier cas, il a affirmé ce qui suit:

Q.: Racontez-nous maintenant votre service.

R.: Après mon engagement, j'ai commencé ma formation de soldat. Au début, j'aimais ça. Cela m'attirait. Cela m'a

of matured me from another lesson to man and I also knew that the army needed young people, people like me, but all young people . . . because otherwise they would lack soldiers, they would have no soldiers and who was going to fight for the fatherland (sic).

Then I started doing more and more training and progressing in the military ranks. That is how I was doing my service for almost two years. I fought, I did a lot of things that maybe people would think are bad things. I had to kill and the time went on, but these things went on too.

Q: Are you talking about ordinary combat?

A: Yes, I'm talking about ordinary combat. I'm also talking about getting people unarmed, torturing them and killing them.

On a second occasion, the claimant described . . . [Emphasis added.]

The key phrase in this passage, the word which led the Refugee Division to disbelieve his subsequent denials of not being a principal actor in torture scenes, was obviously "I did a lot of things that maybe people would think are bad things". [Emphasis added.]

With the advantage of a better translation of the original Spanish, we now know that what the appellant actually said in this passage was not "I did," but "I saw."

The appellant introduced an affidavit to this effect by one Rafael Lopez Moreno (Appeal Book, App. I), a permanent resident of Canada fluent in both the English and Spanish languages, with the original Spanish text and his translation of it attached as exhibits. The respondent accepted that the tape from which the Spanish text was taken and the Spanish itself were before the Refugee Division, so that no question arises of this Court's considering the case on any different basis than did the Refugee Division. The respondent also acknowledged that "I saw" and not "I did" is the correct interpretation. Thus the Refugee Division, through no fault of its own, has been deprived of the entire basis for its finding that the appellant was himself a principal in the commission of international crimes.

en quelque sorte permis de devenir un homme et je savais que l'armée avait besoin de jeunes hommes, comme moi, mais tous les jeunes gens . . . sans quoi il manquerait de soldats et personne ne pourrait défendre la terre de nos ancêtres.

<sup>a</sup> Ensuite, j'ai commencé à faire de plus en plus d'entraînement et à progresser dans l'armée. C'est ainsi que j'ai fait mon service pendant près de deux ans. Je me battais, j'ai fait beaucoup de choses que les gens considèrent peut-être comme mauvaises. J'ai été appelé à tuer et le temps a passé, mais ces choses ont continué aussi.

Q.: Parlez-vous de combats ordinaires?

R.: Oui, je parle de combats ordinaires. Je parle aussi de prendre des personnes désarmées, de les torturer et de les tuer.

<sup>c</sup> À une autre occasion, le demandeur a décrit . . . [C'est moi qui souligne.]

<sup>d</sup> La phrase clé de ce passage, les mots qui ont amené la section du statut de réfugié à refuser de croire l'appelant quand il a subséquemment nié avoir joué un rôle de premier plan dans les séances de tortures étaient manifestement «j'ai fait beaucoup de choses que les gens considèrent peut-être comme mauvaises». [C'est moi qui souligne].

<sup>f</sup> Comme nous avons pu obtenir une meilleure traduction de la déposition originalement donnée en espagnol, nous savons à présent que ce que l'appelant a effectivement dit dans ce passage n'était pas «j'ai fait», mais «j'ai vu».

<sup>g</sup> L'appelant a produit à cette fin l'affidavit de Rafael Lopez Moreno (dossier d'appel, annexe I), qui a statut de résident permanent au Canada et parle couramment l'anglais et l'espagnol, de même que le texte original espagnol et la traduction qu'il en a faite. L'intimé a reconnu que la bande magnétique d'où provenait le texte espagnol et le texte même avaient été déposés devant la section du statut de réfugié. Il n'y a donc pas lieu de se demander si la Cour procède à l'examen de la question en se fondant sur d'autres faits que la section. L'intimé a reconnu aussi que l'interprétation correcte est «j'ai vu» et non «j'ai fait». Ainsi, la section du statut de réfugié, sans avoir commis de faute, s'est vu priver de la totalité du fondement de sa conclusion voulant que l'appelant ait été lui-même un auteur principal dans la perpétration des crimes internationaux.



The respondent did attempt to argue that several other passages, including the latter part of the passage quoted immediately above, could lead to the same conclusion. However, not only did the Refugee Division not rely on any other admission, but, given the initial "I saw," none of the other passages can reasonably be given a contrary interpretation. On every occasion on which he was asked directly about his participation, the appellant answered squarely, as below (Appeal Book I, at pages 158-160):

Q: Did you ever receive and follow such orders?

A: No, because one knows what is coming up and one tries to get away from the place where the action is going on.

Q: Did you commit what you would, even if you felt you weren't responsible for it, did you commit what you would consider to be an abusive act on someone else's orders?

A: No, I wouldn't.

Q: No, I wouldn't. My question was, did he. Not would he, but did he.

INTERPRETER: Oh, your question was did he?

Q: Did he.

INTERPRETER: Oh, okay.

A: No, I never did that.

The first finding of the Refugee Division, relating to the appellant's participation as a principal actor, cannot therefore be upheld, since there is no evidence that could sustain it.

Hence it is necessary to proceed to their second finding, relating to his participation as an accomplice (Appeal Book II, at pages 400-402):

The first admission he made, although lacking in detail, appears to hit right at the heart of the matter. The panel does not believe that his statement is simple machismo. But even this [*sic*] were to be the case, he has admitted, as well, being present and serving as a guard, while these activities took place.

Even if the claimant were involved only in aiding and abetting in the commission of such crimes, as was his second assertion, in the panel's opinion, he would be no less guilty.

L'intimé a bien tenté de soutenir que plusieurs autres passages, y compris la dernière partie de l'échange reproduit ci-dessus, pouvaient permettre de tirer la même conclusion. La section du statut de réfugié, toutefois, ne s'est appuyée sur aucune autre affirmation et, en outre, le «j'ai vu» initial empêche en toute logique de donner une interprétation contraire à l'un quelconque des autres passages. Chaque fois qu'il a dû répondre à une question portant directement sur sa participation, l'appelant a donné des réponses franches, comme dans l'extrait qui suit (dossier d'appel, vol. I, aux pages 158 et 160):

[TRANSCRIPTION] Q: Avez-vous déjà reçu et exécuté des ordres de cette nature?

R: Non, parce qu'on sait ce qui s'en vient et on essaie de s'éloigner de l'endroit où les choses se passent.

Q: Avez-vous déjà commis, même si vous estimiez que vous n'en étiez pas responsable, avez-vous déjà commis ce que vous pourriez considérer comme des actes de brutalité, sur les ordres de quelqu'un d'autre.

R: Non, je ne l'aurais pas fait.

Q: Non, je ne l'aurais pas fait. J'ai demandé s'il l'avait fait, pas s'il l'aurait fait.

INTERPRÈTE: Oh! Vous avez demandé s'il l'avait fait?

Q: C'est ça.

INTERPRÈTE: Oh! Très bien.

R: Non, je ne l'ai jamais fait.

Il n'est donc pas possible de maintenir la première conclusion qu'a tirée la section du statut de réfugié relativement à la participation de l'appelant comme auteur principal puisqu'elle ne repose sur aucune preuve.

Il faut, par conséquent, examiner la deuxième conclusion de la section, portant sur la participation de l'appelant en tant que complice (dossier d'appel, vol. II, aux pages 400 à 402):

La première affirmation, tout en manquant de détails, semble frapper droit au cœur du sujet. Les commissaires ne croient pas qu'il s'agisse de simple machisme. Mais même si c'était le cas, le demandeur a aussi reconnu qu'il avait assisté à de tels actes et servi de gardien.

Même si la participation du demandeur s'était limitée à la complicité [*aiding and abetting*] dans la commission de tels crimes, comme il l'a dit lors de sa deuxième affirmation, les commissaires pensent qu'il ne serait pas moins coupable.

The claimant defended his actions by stating:

I don't feel responsible because I did not issue the orders. I only follow what it was order to me as any ordinary soldier. (sic)

The panel recognizes that the claimant joined the Salvadoran army at a impressionable age and that he was motivated to do so by vengeance arising from the murder of one sister and the rape of another. The panel also acknowledges that the claimant was ordered by his superiors to participate in brutal actions against non-combatants whom they believed were aiding the guerrillas. This defense, however, is not acceptable.

There does appear to be some remorse on the claimant's part for his conduct; according to the claimant, this remorse was first manifested when he lay badly wounded in a military hospital. That this kind of physical trauma could induce a change of heart is not questioned. However, although this change of heart and the claimant's religious beliefs may have had some bearing on his decision to desert the army, the panel is more inclined to believe that it was his physical inability to function as a combat soldier and the resulting curtailment of his potential for career development in the military which carried more weight in the making of this decision.

The claimant is not a major war criminal. We do not have the benefit of times, places and description of activities. We do not have witnesses. However we do have the claimant's own testimony which we believe meets the "serious reasons for considering" standard of proof which is set out in section F.

As a result, the Refugee Division determines that although the claimant has demonstrated that he has a well-founded fear of persecution on the basis of his political opinion, his activities, while serving with Salvadoran armed forces, fall clearly within the confines of the exclusion clause, section F(a) of Article I of the Convention.

From this passage it is unclear what legal test was applied by the Refugee Division in determining that the appellant was an accomplice. It has recourse to the common-law phrase "aiding and abetting," which is a term of art in that tradition, and therefore an insufficient approach by itself to the interpretation of the international Convention. But the reference is so general and the standard actually applied so elusive, that I believe it must be said that the Refugee Division has erred in law, and its decision must be set aside and the matter remitted to it for redetermination unless, on the basis of the correct approach, no prop-

Le demandeur a défendu ses actions en affirmant:

[TRADUCTION] Je ne me sens pas responsable parce que je n'ai pas donné les ordres. Je me suis contenté de les suivre, comme un soldat ordinaire.

<sup>a</sup> Les commissaires reconnaissent que le demandeur s'est joint à l'armée salvadorienne à un âge impressionnable et que c'est pour assouvir une vengeance contre le meurtre d'une de ses sœurs et le viol d'une autre qu'il a agi ainsi. Les commissaires reconnaissent également que le demandeur a reçu l'ordre de ses supérieurs de participer à des actes violents contre des non-combattants soupçonnés d'être complices des guerilleros. Toutefois, cette défense est inacceptable.

<sup>b</sup> Le demandeur semble éprouver un certain remords à l'égard de sa conduite; selon lui, il a commencé à éprouver du remords pour la première fois quand il gisait, grièvement blessé, dans un hôpital militaire. Nous ne doutons pas que ce genre de traumatisme physique puisse provoquer un changement d'opinion. Cependant, bien que ce changement d'opinion et les croyances religieuses du demandeur aient pu avoir une certaine influence sur sa décision de désertier l'armée, les commissaires sont plutôt enclins à croire que c'est son incapacité physique de fonctionner comme soldat combattant et, par conséquent, l'abrégement de son éventuelle carrière militaire qui ont eu plus de poids dans la prise de cette décision.

<sup>c</sup> Le demandeur n'est pas un grand criminel de guerre. Nous ne connaissons pas les dates, les lieux et les détails des actes qu'il a posés. Nous n'avons pas de témoins. Nous disposons cependant de son propre témoignage et nous croyons qu'il satisfait au critère des «raisons sérieuses de penser» énoncé à la section F.

<sup>d</sup> Par conséquent, la section du statut de réfugié conclut que, même si le demandeur a prouvé qu'il avait une crainte justifiée de la persécution fondée sur son opinion politique, ses activités pendant son service au sein des forces armées salvadoriennes entrent clairement dans les limites de la clause d'exclusion de l'alinéa Fa) de l'article premier de la Convention.

<sup>e</sup> Le passage précité ne permet pas de discerner clairement le critère juridique appliqué par la section pour statuer que l'appelant était un complice. Dans la version anglaise de ses motifs, la section emploie les mots «*aiding and abetting*» de la common law, qui sont des termes consacrés de ce système de droit mais qui, par le fait même, ne constituent pas une voie d'interprétation adéquate pour une convention internationale. La section, toutefois, a invoqué cette notion de façon si générale et appliqué une norme si vague qu'il nous faut conclure qu'elle a commis une erreur de droit, annuler sa décision et lui renvoyer l'affaire pour redétermination, à moins qu'il ne soit possible d'affirmer qu'aucun tribunal correctement instruit, utilisant la méthode d'interprétation appro-

erly instructed tribunal could have come to a different conclusion.<sup>7</sup>

The Refugee Division rested its finding on the appellant's "being present and serving as a guard." It would also have been open to it on the evidence to find that his activities in rounding up suspected guerrillas constituted personal involvement in the commission of the offences against them which followed, but the Refugee Division must have accepted his explanation, that on the two occasions on which he admitted that his role in rounding up had led to mistreatment he had thought the prisoners were to be handed over to the Red Cross (Appeal Book I, at pages 103-104).

With respect to the appellant's serving as a guard, I find it impossible to say that no properly instructed tribunal could fail to draw a conclusion as to personal participation. The appellant testified (Appeal Book I, at page 97):

We would just take watch, we'd make watch in the area or then we would just witness what was going on, but we never did the actual killing.

The words "in the area" may merely imply a "making" or "taking watch" in the usual military sense of serving as a guard for the encampment, without any particular reference to what was happening to the prisoners. The Refugee Division interpreted it as in the sense of guarding the prisoners or protecting the malefactors. Given the ambiguity, I cannot see this as the only interpretation possible for a properly instructed tribunal.

What remains is, therefore, the appellant's admitted presence at many instances of torture and killings committed by other soldiers, under orders from their common superiors. In speaking in a summary way of his experiences the appellant testified as to what he saw (Appeal Book I, at page 20):

<sup>7</sup> This standard has from time to time been applied by this Court: see, e.g., *Grewal v. Minister of Employment and Immigration Canada*, decided February 23, 1983 (A-972-82), per Pratte J.A. It is clear from the majority in *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334 (C.A.) that not every error of law will vitiate an administrative decision.

prisée, n'aurait pu parvenir à une conclusion différente<sup>7</sup>.

La section du statut de réfugié a fondé sa décision sur le fait que l'appelant «avait assisté à de tels actes et servi de gardien». Elle aurait pu aussi, compte tenu de la preuve, juger que les actions de l'appelant dans la capture des membres supposés de la guérilla constituaient une participation personnelle aux infractions commises contre eux par la suite, mais elle a probablement accepté l'explication qu'il lui a fournie, selon laquelle, les deux fois où il a avoué avoir participé à ces captures, il pensait que les prisonniers seraient remis à la Croix Rouge (dossier d'appel, vol. I, aux pages 103 et 104).

En ce qui concerne le rôle de gardien joué par l'appelant, il m'est impossible d'affirmer qu'aucun tribunal correctement instruit ne serait parvenu à une autre conclusion que celle de la participation personnelle. L'appelant a déclaré dans son témoignage (dossier d'appel, vol. I, à la page 97):

[TRADUCTION] Nous ne faisons que monter la garde, faire le guet dans les environs, ou alors nous ne faisons qu'assister à ce qui se passait, mais nous n'avons jamais tué nous-mêmes.

Les mots «dans les environs» peuvent laisser entendre simplement qu'ils montaient la garde ou faisaient le guet au sens militaire habituel de ces termes, c'est-à-dire qu'ils gardaient le campement, et qu'ils n'avaient rien à voir avec ce qui arrivait aux prisonniers. La section du statut de réfugié a interprété cette affirmation dans le sens de la garde des prisonniers ou de la protection des malfaiteurs. Étant donné cette ambiguïté, je ne puis considérer qu'il s'agisse de la seule interprétation que pourrait donner un tribunal correctement instruit.

Il ne reste donc que la question de la présence de l'appelant à de nombreuses séances de torture et d'exécution menées par d'autres soldats obéissant aux ordres de supérieurs communs. Résumant son expérience, l'appelant a témoigné de ce qu'il avait vu (dossier d'appel, vol. I, à la page 20):

<sup>7</sup> La Cour a utilisé ce critère à l'occasion (voir *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, 23 février 1983 (A-972-82), juge Pratte, J.C.A.. Il appert clairement de l'opinion majoritaire exprimée dans *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.) que ce ne sont pas toutes les erreurs de droit qui auront pour effet de vicier une décision administrative.

Yes, I'm talking about ordinary combat. I'm also talking about getting people unarmed, torturing them and then killing them.

[TRADUCTION] Oui, je parle de combats ordinaires. Je parle aussi de prendre des personnes désarmées, de les torturer et de les tuer.

Initially motivated by revenge for the murder of one sister and her husband by the guerrillas, and the rape of another (Appeal Book I, at pages 20-27), the appellant enlisted voluntarily in the Salvadoran Army for two years as of February 1, 1985, and was such an effective soldier that he was promoted to corporal and then to sub-sergeant. During this period he was involved in between 130 and 160 instances of combat (Appeal Book I, at page 31). Two months before his term was up he was wounded in an ambush in foot, leg, and head. During his recuperation he signed up for two more years of service so that his hospitalization and convalescence would be paid for and his salary would continue (Appeal Book I, at pages 35-38).

Le 1<sup>er</sup> février 1985, l'appelant s'est engagé volontairement dans l'armée salvadorienne pour un terme de deux ans, dans le but initial de venger le meurtre de l'une de ses sœurs et de son mari et le viol d'une autre par les guérilleros (dossier d'appel, vol. I, aux pages 20 à 27). Il était un soldat si efficace qu'il a été promu caporal puis sous-officier. Pendant cette période, il a pris part à des combats 130 à 160 fois (dossier d'appel, vol. I, à la page 31). Deux mois avant la fin de son engagement, il a été blessé au pied, à la jambe et à la tête au cours d'une embuscade. Pendant qu'il récupérait, il a renouvelé son engagement pour deux autres années, afin que l'armée paie son hospitalisation et sa convalescence et continue à lui verser sa solde (dossier d'appel, vol. I, aux pages 35 à 38).

At that time he testified that his conscience was bothering him because of what he had been part of (Appeal Book I, at pages 35-36):

Il a déclaré dans son témoignage que ce à quoi il avait pris part lui causait, à cette époque, des problèmes de conscience (dossier d'appel, vol. I, aux pages 35 et 36):

Q: Were there other reasons for you to renew your contract?

[TRADUCTION] Q: Y avait-il d'autres raisons pour que vous renouveliez votre contrat?

A: No, there were no other reasons. I didn't want to stay in the army any longer because of the things that were going on there. I only wanted to get better from my injuries and then just to ask for, ask them to dismiss me and just get away from it all.

R: Non, il n'y avait pas d'autres raisons. Je ne voulais pas rester plus longtemps dans l'armée à cause des choses qui s'y passaient. Je ne voulais que me rétablir et après, demander d'être réformé et m'en aller.

Q: What things are you talking about that, things you were seeing, as a result of things you were seeing you wanted to get a discharge. What things are you talking about?

Q: De quelles choses parlez-vous, des choses que vous voyiez, à cause de ce que vous voyiez, vous vouliez être réformé. De quelles choses parlez-vous?

A: Torture people, kill people. Sometimes in combat the enemy would just spend all his ammunition and then we would capture them alive and there are some soldiers who are very, have a very strong character or they are very hard people, tough people and they just tortured these prisoners and finally they would kill them. The prisoners would be, before being killed, they would say the names of other people and then the soldiers would go to the houses where these people are and they would round them up.

R: De torturer des gens, de tuer des gens. Il arrivait qu'au combat, l'ennemi épuise toutes ses munitions et que nous les capturions vivants, et certains soldats qui étaient très, qui avaient beaucoup de caractère ou qui étaient très durs, très féroces les torturaient tout simplement et, à la fin, les tuaient. Avant d'être tués, les prisonniers nommaient d'autres personnes et, alors, les soldats se rendaient chez elles et faisaient des rafles.

Q: Okay, but go ahead please.

Q: Oui, mais continuez je vous prie.

A: They would bring these people unarmed and they would torture them and then they would kill them.

R: Ils emmenaient ces personnes qui n'étaient pas armées, les torturaient puis les tuaient.

Q: You didn't think this was justifiable?

Q: Vous ne pensiez pas que cela était justifiable?

A: Yes, I thought that it wasn't correct at all because as me as much as anybody else, we all have a right to life.

To similar effect he stated (Appeal Book I, at page 37):

Q: Well, just a minute. I think I'm getting off on a track here. My question here is, you obviously, you renewed, you said you renewed, but it seems you didn't really want to and so I'm talking about your, your mental frame at the end of your first term of service.

A: I thought that the things that I saw were not the correct things. So, I wanted to start a new life. I wanted to change my lifestyle. I wanted to have a future, at least to have a home and to do my own life because I didn't have any trade at that point and I didn't know how to go on with a civilian life. At that point I knew that I was wounded and I could no longer progress in the ranks and that is why I thought that maybe it would be better for me just to leave the army.

I find it clear from these and other passages in the appellant's testimony, as well as from the documentary evidence, that the torture and killing of captives had become a military way of life in El Salvador. It is to the appellant's credit that his conscience was greatly troubled by this, so much so that during his second term of enlistment, after three times unsuccessfully requesting a discharge (Appeal Book I, at page 41), he eventually deserted in November, 1987 (Appeal Book I, at page 47), in considerable part at least because of his bad conscience. I have also to say, however, that I think it is not to his credit that he continued to participate in military operations leading to such results over such a lengthy period of time. He was an active part of the military forces committing such atrocities, he was fully aware of what was happening, and he could not succeed in disengaging himself merely by ensuring that he was never the one to inflict the pain or pull the trigger.

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

R: Oui, je pensais que ce n'était pas correct du tout parce que autant moi que les autres, nous avons tous le droit à la vie.

Dans le même sens, il a affirmé (dossier d'appel, vol. I, à la page 37):

[TRANSDUCTION] Q: Attendez une minute. Je crois que je m'égare ici. Ce que je veux savoir, ici, c'est, vous avez clairement, vous avez affirmé avoir renouvelé votre engagement, mais il semble que vous n'en ayez pas eu tellement envie et je veux savoir quel était votre état d'esprit à la fin de votre premier contrat.

R. Je pensais que ce que je voyais n'était pas correct. C'est pourquoi, je voulais commencer une nouvelle vie. Je voulais changer de mode de vie. Je voulais un avenir, au moins avoir un foyer et mener ma propre vie, parce que je n'avais pas de métier à ce moment-là et je ne savais pas comment vivre en dehors de l'armée. Je savais que j'étais blessé et que je ne pourrais plus monter en grade et c'est pourquoi j'ai pensé que, peut-être, il vaudrait mieux pour moi que je quitte les rangs de l'armée.

Il ressort clairement de cet extrait et d'autres passages du témoignage de l'appellant, ainsi que des éléments de preuve documentaire, que la torture et l'exécution des captifs étaient entrées dans les mœurs militaires au Salvador. Il faut reconnaître que l'appellant en a conçu de graves problèmes de conscience qui l'ont tenaillé au point qu'après avoir demandé trois fois sans succès d'être réformé, au cours de son deuxième contrat, il a fini par désertir au mois de novembre 1987 (dossier d'appel, vol. I, aux pages 41 et 47), en grande partie à cause de ses remords de conscience. Il me faut aussi dire, cependant, qu'il n'est pas à son honneur d'avoir continué pendant si longtemps de prendre part à des opérations militaires qui menaient à de tels résultats. Il était un élément actif des forces militaires responsables de ces atrocités; il était pleinement conscient de ce qui se passait, et il ne pouvait réussir à se dissocier de ces actions simplement en prenant garde de n'être jamais celui qui infligeait la douleur ou pressait sur la détente.

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'appellant 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 engage-

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.

The appellant did not argue the defence of superior orders, and his arguments as to duress and remorse are insufficient for exoneration. On duress, Hathaway, *supra*, at page 218, states, summarizing the draft *Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*, in process by the International Law Commission since 1947:

Second, it is possible to invoke [as a defence] coercion, state of necessity, or *force majeure*. Essentially, this exception recognizes the absence of intent where an individual is motivated to perpetrate the act in question only in order to avoid grave and imminent peril. The danger must be such that "a reasonable man would apprehend that he was in such imminent physical peril as to deprive him of freedom to choose the right and refrain from the wrong". Moreover, the predicament must not

ments 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.

L'appelant n'a pas invoqué les ordres donnés par ses supérieurs comme moyen de défense, et les arguments qu'il a fait valoir à l'égard de la contrainte et du remords ne sont pas suffisants pour l'exonérer. À propos de la contrainte, Hathaway (précité), résumant le projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* sur lequel la Commission du droit international travaille depuis 1947, écrit (à la page 218):

[TRADUCTION] Deuxièmement, il est possible d'invoquer la coercion, l'état de nécessité ou la force majeure [en défense]. Cette exception reconnaît essentiellement que, lorsqu'une personne agit dans le but d'éviter un péril grave et imminent, il n'y a pas d'intention. Il faut que le danger soit de nature «à inspirer à un homme raisonnable la crainte d'un péril corporel imminent tel qu'il se trouve privé de sa liberté de choisir ce qui est juste ou de s'abstenir de ce qui est illicite». Le danger ne

be of the making or consistent with the will of the person seeking to invoke the exception. Most important, the harm inflicted must not be in excess of that which would otherwise have been directed at the person alleging coercion. [Footnotes omitted.]

If I were to accept this as the state of international law, as the appellant urged, I could find that the duress under which the appellant found himself might be sufficient to justify participation in lesser offences, but I would have to conclude that the harm to which he would have exposed himself by some form of dissent or non-participation was clearly less than the harm actually inflicted on the victims. The appellant himself testified as follows as to the punishment for desertion (Appeal Book I, at page 49):

A: Well, the punishment is starting with very, very hard training exercises and then after that they will throw you in jail for five to ten years.

This is admittedly harsh enough punishment, but much less than the torture and death facing the victims of the military forces to which he adhered.

As for the remorse he no doubt now genuinely feels, it cannot undo his persistent and participatory presence.

The appeal must therefore be dismissed.

STONE J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

doit pas non plus résulter du fait de la personne qui se prévaut de l'exception ou découler de sa volonté. Plus important encore, les torts causés ne doivent pas excéder ceux que cette personne aurait subis. [Les renvois ont été omis.]

*a* En supposant que l'auteur ait exprimé l'état actuel du droit international, comme le soutient l'appellant, il serait possible de considérer que la contrainte exercée sur l'appellant était suffisante pour justifier des infractions moins graves. Mais il me faut conclure, en l'occurrence, que le danger auquel il se serait exposé en affichant sa dissidence ou en refusant de participer était nettement moins important que le mal effectivement infligé aux victimes. L'appellant lui-même a affirmé ce qui suit à l'égard de la peine appliquée aux déserteurs (dossier d'appel, vol. I, à la page 49):

[TRADUCTION] R: C'est-à-dire, ils imposent d'abord un entraînement extrêmement rigoureux, puis ils vous jettent en prison pour cinq à dix ans.

*d* Le châtiement, je le reconnais, est sévère, mais il est beaucoup moins grave que la torture et la mort qui attendaient les victimes des forces militaires auxquelles il s'était joint.

*e* Pour ce qui est du remords que, je n'en doute pas, il ressent véritablement, il ne peut annuler sa présence constante et participative.

L'appel est, en conséquence, rejeté.

*f* LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

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