

A-48-91

A-48-91

**Luis Alberto Irias Gonzalez** (*Applicant*)**Luis Alberto Irias Gonzalez** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)**Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(*intimé*)*INDEXED AS: GONZALEZ v. CANADA (MINISTER OF  
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: GONZALEZ c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI  
ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*Court of Appeal, Mahoney, Létourneau and  
Robertson J.J.A.—Vancouver, April 19; Ottawa,  
May 26, 1994.Cour d'appel, juges Mahoney, Létourneau et  
Robertson, J.C.A.—Vancouver, 19 avril; Ottawa, 26  
mai 1994.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Con-  
vention refugees — Appeal from CRDD decision applicant not  
Convention refugee — Applicant, Nicaraguan, returning fire as  
member of military platoon against Contras hiding in peas-  
ant's house — Women, children, 10 Contras killed — Board  
holding applicant committing crime against humanity, i.e.  
murder of civilians, therefore excluded from definition of Con-  
vention refugee — Appeal allowed — Private soldier in action  
against armed enemy not guilty of war crime or crime against  
humanity within Convention refugee definition — Applicant  
participating in war, not war crime — As neither war crime  
nor crime against humanity, tribunal erred in applying exclu-  
sion clause — Each case turning on own facts.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés  
au sens de la Convention — Appel d'une décision de la SSR  
portant que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la  
Convention — Le requérant, un Nicaraguayen membre d'un  
peloton militaire, a riposté aux tirs de Contras qui se cachaient  
dans la maison d'un paysan — Des femmes et des enfants ont  
été tués, ainsi que 10 Contras — La Commission a conclu que  
le requérant a commis un crime contre l'humanité, soit le  
meurtre de civils, et qu'il est donc exclu de la définition de  
réfugié au sens de la Convention — Appel accueilli — Un sol-  
dat engagé dans une action contre un ennemi armé n'est pas  
coupable de crime de guerre ou de crime contre l'humanité  
dans les limites de la définition de réfugié au sens de la Con-  
vention — Le requérant a participé à une guerre, non à un  
crime de guerre — Comme il ne s'agissait ni de crime de  
guerre ni de crime contre l'humanité, le tribunal a commis une  
erreur en appliquant la disposition d'exclusion — Chaque cas  
est un cas d'espèce.*

This was an appeal from a decision of the Refugee Division  
holding that the applicant was excluded from the definition of  
Convention refugee by reason of Article 1F(a) of the *United  
Nations Convention Relating to the Status of Refugees* because  
it found that there was serious reason to believe that he had  
committed a crime against humanity. *Immigration Act*, subsec-  
tion 2(1) defines "Convention refugee" as any person who, by  
reason of a well-founded fear of persecution for enumerated  
reasons is outside the country of nationality and is unable or  
unwilling by reason of that fear to avail himself of the protec-  
tion of the country. Article 1F provides that the Convention  
does not apply to any person with respect to whom there are  
serious reasons for considering that he has committed a crime  
against humanity. The applicant, a citizen of Nicaragua, was  
drafted and assigned to a "battalion" which encountered  
counter-revolutionary forces hiding in a peasant's house.  
When the enemy opened fire on the battalion, it returned the  
fire until there was no more shooting from the house. Three  
peasant women and six children were killed along with about  
ten Contras. The applicant had objected to firing on the women  
and children, but his commander had said that they could not  
do anything for them. Shortly thereafter, while on leave, the  
applicant went underground, left Nicaragua, and arrived in

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle la section du  
statut de réfugié a conclu que le requérant était exclu de la  
définition de réfugié au sens de la Convention en raison de la  
section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations  
Unies relative au statut des réfugiés*, parce qu'il existait à son  
avis des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un  
crime contre l'humanité. Aux termes du paragraphe 2(1) de la  
*Loi sur l'immigration*, le terme «réfugié au sens de la Con-  
vention» s'entend de toute personne qui, craignant avec raison  
d'être persécutée du fait d'un des motifs énumérés, soit se  
trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du  
fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce  
pays. La section F de l'article premier de la Convention prévoit  
que les dispositions de celle-ci ne seront pas applicables aux  
personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles  
ont commis un crime contre l'humanité. Le requérant, citoyen  
du Nicaragua, a été appelé à effectuer son service militaire et il  
a été affecté à un «bataillon» qui s'est heurté à des contre-révo-  
lutionnaires cachés dans la maison d'un paysan. Lorsque l'en-  
nemi a ouvert le feu contre le bataillon, celui-ci a fait feu à son  
tour jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de tirs en provenance de la  
maison. Trois femmes et six enfants ont été tués, de même  
qu'une dizaine de Contras. Le requérant s'était opposé au fait

Canada in 1989. The Board found that he had participated in a crime against humanity, namely the murder of civilians.

The issues were (1) whether the Board had erred in law in failing to consider whether the applicant met the inclusionary requirements of the definition of Convention refugee; (2) whether the Board had erred in law in determining that the applicant had committed a crime against humanity because it misconstrued either the meaning of crime against humanity or the evidence before it.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Per* Mahoney J.A. (Robertson J.A. concurring): The applicant argued that a finding on the merits was essential because the quality of persecution which a claimant might suffer if returned must be weighed against the gravity of what had been done to engage the exclusion clause. Nothing in the Act permits the Refugee Division to weigh the severity of potential persecution against the gravity of the conduct which has led it to conclude that what was done was an Article 1F(a) crime. The exclusion of Article 1F(a) is, by statute, integral to the definition. Whatever merit there might otherwise be to the claim, if the exclusion applies, the claimant cannot be a Convention refugee. Practically though, the Refugee Division should deal with all elements of a claim in its decision so that if on appeal it is found to have erred, the Court can make the necessary declaration without requiring the Refugee Division to deal with it again.

A finding of a war crime or crime against humanity by a private soldier engaged in an action against an armed enemy is not to be reached within the Convention refugee definition. The applicant's participation in this military action did not fall within the concepts of war crime nor crime against humanity. It was war, not war crime. Since there was neither a war crime nor crime against humanity, the tribunal erred in applying the exclusion clause.

*Per* Létourneau J.A. (concurring): The Board misconstrued the very notion of crime against humanity and erred in law in too readily assuming that the essential elements of the crime can consist of the mere killing of innocent civilians by military personnel during an action against an armed enemy. In these particular facts and circumstances the applicant was, as a private soldier, engaged in an action against an armed enemy, and his participation in the killing of innocent civilians by his platoon fell short of a crime against humanity. Each individual case will depend on its own particular facts and circumstances.

de tirer sur des femmes et des enfants, mais son commandant lui avait dit qu'ils ne pouvaient rien pour eux. Peu après, le requérant a profité d'une permission pour entrer dans la clandestinité, quitter le Nicaragua et arriver au Canada en 1989. La Commission a conclu qu'il avait participé à un crime contre l'humanité, savoir le meurtre de civils.

Deux questions étaient en litige: (1) la Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si le requérant satisfaisait aux exigences des dispositions inclusives de la définition de réfugié au sens de la Convention?; (2) la Commission a-t-elle fait une erreur de droit en concluant que le requérant a commis un crime contre l'humanité en ce qu'elle a mal interprété le sens du terme crime contre l'humanité ou qu'elle a mal apprécié la preuve qui lui a été soumise?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Le juge Mahoney, J.C.A. (avec l'appui du juge Robertson, J.C.A.): Le requérant a soutenu qu'une conclusion quant au bien-fondé de la revendication était essentielle parce que la persécution qu'un demandeur pourrait subir advenant son retour doit être appréciée au regard de la gravité des actes susceptibles de donner lieu à l'application de la disposition d'exclusion. Rien dans la Loi ne permet à la section du statut de réfugié d'apprécier la sévérité de la persécution potentielle au regard de la gravité de la conduite qui l'a amenée à conclure qu'il s'agissait d'un crime visé par la section Fa) de l'article premier. L'exclusion de la section Fa) de l'article premier fait, en vertu de la loi, partie intégrante de la définition. Quel que soit par ailleurs le bien-fondé de sa revendication, le demandeur ne peut aucunement être un réfugié au sens de la Convention si l'exclusion s'applique. Toutefois, pour des raisons pratiques, la section du statut de réfugié devrait traiter dans sa décision de tous les éléments d'une revendication, de sorte que s'il était jugé en appel que la section avait commis une erreur, la Cour pourrait faire la déclaration nécessaire sans obliger la section du statut à se saisir à nouveau de l'affaire.

Il n'y a pas lieu, dans les limites de la définition de réfugié au sens de la Convention, de conclure qu'il y a eu perpétration d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité dans le cas d'un soldat engagé dans une action contre un ennemi armé. En l'espèce, la participation du requérant à l'action militaire ne correspondait pas aux notions de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. C'était la guerre, non un crime de guerre. Étant donné qu'il n'y a eu ni crime de guerre ni crime contre l'humanité, le tribunal a commis une erreur en appliquant la disposition d'exclusion.

Le juge Létourneau, J.C.A. (motifs concordants): La Commission a mal interprété la notion même de crime contre l'humanité et elle a commis une erreur de droit en présumant trop rapidement que les éléments essentiels du crime pouvaient consister dans le simple fait, pour des militaires, de tuer des civils innocents dans le cours d'une action contre un ennemi armé. Étant donné les circonstances et les faits particuliers de l'espèce, le requérant était, en sa qualité de soldat, engagé dans une action contre un ennemi armé, et sa participation réelle dans la mort de civils innocents aux mains de son peloton

It may be that in a given situation, while the death of innocent civilians occurred at the time of or during an action against an armed enemy, such deaths were not the unfortunate and inevitable casualties of war as contended, but resulted from intentional, deliberate and unjustifiable acts of killing and slaughtering.

n'équivalait pas à un crime contre l'humanité. Tout dépendra des faits et des circonstances propres à chaque espèce. Il se peut que dans une situation donnée où il y a eu mort de civils innocents au moment ou à la faveur d'une action contre un ennemi armé, ces morts n'aient pas été la conséquence malheureuse et inéluctable de la guerre mais plutôt le résultat de massacres intentionnels, délibérés et injustifiables.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279, Charter of the International Military Tribunal, Art. 6, 8.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a),(b).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; (1994), 165 N.R. 1; *Canadian Lift Truck Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1956), 1 D.L.R. (2d) 497 (S.C.C.); *D/M.N.R. for Customs and Excise v. G.T.E. Sylvania Canada Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 131; (1985), 64 N.R. 322 (F.C.A.); *Air Atonabee Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners* (1991), 135 N.R. 118 (F.C.A.); *R. v. B (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; (1990), 86 Sask. R. 142; 56 C.C.C. (3d) 181; 111 N.R. 62; *Sokoloski v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 523.

#### AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
 Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.  
*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Nuremberg, 14 November 1945—1 October 1946.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279, Statut du tribunal militaire international, art. 6, 8.  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F(a), b).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706; (1991), 140 N.R. 138 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; (1994), 165 N.R. 1; *Canadian Lift Truck Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1956), 1 D.L.R. (2d) 497 (C.S.C.); *Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise c. G.T.E. Sylvania Canada Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 131; (1985), 64 N.R. 322 (C.A.F.); *Air Atonabee Ltd. c. Commissaires du havre de Toronto* (1991), 135 N.R. 118 (C.A.F.); *R. c. B (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; (1990), 86 Sask. R. 142; 56 C.C.C. (3d) 181; 111 N.R. 62; *Sokoloski c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 523.

#### DOCTRINE

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.  
 Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, Leyden: A.W. Sijthoff, 1966.  
 Nations Unies, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au*

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*, Paper 5, Ottawa, August 1989. (Unofficial paper issued by United Nations).

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September 1979.

*regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, septembre 1979.

*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 novembre 1945 — 1<sup>er</sup> octobre 1946.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence*, Paper 5, Ottawa, August 1989. (Unofficial paper issued by United Nations).

APPEAL from a decision of the Refugee Division ([1990] C.R.D.D. No. 739 (QL)) holding that the applicant was not a Convention refugee as he fell within the exclusion clause of the definition in that it had serious reason to believe that he had committed a crime against humanity. Application allowed.

APPEL d'une décision de la section du statut de réfugié ([1990] D.S.S.R. n° 739 (QL)) portant que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il tombait sous le coup de la disposition d'exclusion de la définition, en ce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime contre l'humanité. Requête accueillie.

COUNSEL:

*Jennifer Chow* for applicant.  
*Deirdre A. Rice* for respondent.

AVOCATS:

*Jennifer Chow* pour le requérant.  
*Deirdre A. Rice* pour l'intimé.

SOLICITORS:

*Jennifer Chow*, New Westminster, B.C. for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

*Jennifer Chow*, New Westminster, C.-B., pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

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

MAHONEY J.A.: This is an appeal from a decision of the Refugee Division [[1990] C.R.D.D. No. 739 (QL)] which found the applicant to be excluded from the definition of Convention refugee by reason of section F(a) of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [[1969] Can. T.S. No. 6] because it found there was serious reason to believe that he had committed a crime against humanity. It proceeded directly to that finding in its reasons and made no finding as to whether, had he not been excluded, his claim had merit. Accordingly, we declined to hear argument as to the well-foundedness of his fear of persecution since, absent pertinent findings of fact, even were the appeal to be allowed we could not declare him to be a Convention refugee.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision de la section du statut de réfugié [[1990] D.S.S.R. n° 739 (QL)], laquelle a conclu que le requérant était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention en raison de la section Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [[1969] R.T. Can. n° 6], parce qu'il existait à son avis des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime contre l'humanité. Dans ses motifs, la section du statut est arrivée directement à cette conclusion, sans se prononcer sur la question de savoir si, n'eût été cette exclusion, la revendication du requérant était fondée. En conséquence, nous avons refusé d'entendre l'argumentation portant sur le bien-fondé de sa crainte de persécution étant donné qu'en l'absence de conclusions de fait pertinentes, nous ne pourrions le déclarer réfugié

### The Facts

The applicant is a citizen of Nicaragua, born October 24, 1968. He graduated as an accountant and was a bank clerk until drafted into the Patriotic Military Service in April, 1987. After a month's compulsory military training he was posted to a "battalion" of 20 men which was given the task of seeking out Contra forces in a mountainous, densely forested area inhabited by peasants. They patrolled without encountering Contras for the first two weeks. The applicant's evidence as to what then happened follows.<sup>1</sup> The passages quoted are complete; the dots and dashes are in the transcript.

A. It was exactly on the 15th of May, on the day that I arrived that we arrived at this place and there we found a camp of the counter-revolutionaries. They were in a house, a house belonging to some Nicaraguan peasants, so when the counter-revolutionaries realized that we had arrived . . . our battalion . . . they began to fire upon us and we also then returned fire, because we had to return fire because we had to save our own lives. We were firing during one hour, for one hour—

Q. Did you object to having to fire?

A. Yes. During that hour we realized that in that house there were peasants, including women and children and that's when I objected. I told the commandant that there were women and children of our own blood, from our own land in there and that if we continued to fire upon them that they also would be killed, and that we didn't want them to die and that we didn't want anything to happen to them, but he didn't stop. He told us to keep on firing and that nothing could be done for them, so we continued to fire for half an hour more and when we saw that they were no longer returning fire from the house, the commandant ordered us to inspect the place, and that's when we ran to see if the women and children were still alive, but it was horrible. The women were almost in pieces and the children, too. At that moment, my conscience didn't feel very well, because it was horrible how they ended up . . . our own women and children, our own people, killed by people from their own country, so on the 16th of May—

Q. Just a minute. How many women and children were there?

A. There were three women and six children.

Q. And were there any Contras there?

<sup>1</sup> A.B., Vol. II, at pp. 284 ff.

### Les faits

au sens de la Convention même dans le cas où nous ferions droit à l'appel.

<sup>a</sup> Né le 24 octobre 1968, le requérant est citoyen du Nicaragua. Après avoir obtenu son diplôme de comptable, il a travaillé comme commis de banque jusqu'à ce qu'il soit appelé à effectuer le service militaire patriotique en avril 1987. Après un mois d'entraînement obligatoire, il a été affecté à un « bataillon » de 20 hommes dont la mission était de déboucher les forces de la Contra dans une zone montagneuse d'épaisses forêts, habitée par des paysans. Pendant <sup>b</sup> les deux premières semaines, le bataillon a patrouillé la région sans rencontrer de Contras. Dans son témoignage, le requérant a raconté ainsi les événements qui ont suivi<sup>1</sup> (il s'agit du texte intégral; les points de suspension et les tirets figurent dans la transcription):

<sup>c</sup> [TRADUCTION] C'était précisément le 15 mai que je suis arrivé, que nous sommes arrivés à cet endroit et où nous avons trouvé un camp de contre-révolutionnaires. Ils étaient dans une maison, une maison appartenant à des paysans nicaraguayens, donc lorsque les contre-révolutionnaires se sont aperçus que nous étions arrivés . . . notre bataillon . . . ils ont ouvert le feu sur nous et nous avons alors fait feu à notre tour, parce qu'il le fallait pour sauver nos propres vies. Nous avons tiré pendant une heure, durant une heure—

<sup>d</sup> Q. Vous êtes-vous opposé à l'ordre de faire feu?

<sup>e</sup> R. Oui. Pendant cette heure, nous nous sommes aperçus qu'il y avait des paysans à l'intérieur de la maison, dont des femmes et des enfants et c'est alors que j'ai fait valoir mon objection. J'ai dit au commandant qu'il y avait des femmes et des enfants du même sang que nous, appartenant à la même terre et que si nous continuions à tirer sur eux, ils seraient tués, que nous ne voulions pas qu'ils meurent et qu'il leur arrive quelque chose, mais il n'a pas arrêté. Il nous a dit de continuer à tirer, qu'il n'y avait rien à faire pour eux, nous avons donc continué à tirer pendant une demi-heure et lorsque nous avons vu qu'il n'y avait plus de tirs en provenance de la maison, le commandant nous a ordonné d'inspecter les lieux, et c'est alors que nous avons couru pour voir si les femmes et les enfants étaient toujours vivants, mais c'était horrible. Les femmes étaient presque déchiquetées et les enfants aussi. À ce moment, ma conscience me faisait souffrir parce que la façon dont ils sont morts était <sup>f</sup> horrible . . . nos femmes et nos enfants, notre propre peuple, tués par leurs propres concitoyens, aussi le 16 mai—

<sup>g</sup> Q. Un instant. Combien de femmes et d'enfants y avait-il?

R. Il y avait trois femmes et six enfants.

<sup>h</sup> Q. Et y avait-il des Contras?

<sup>1</sup> D.A., vol. II, aux p. 284 et suiv.

A. Yes, there were approximately ten counter-revolutionaries who also died because they couldn't keep up the combat, couldn't resist.

After describing their burial, his relevant evidence continued.<sup>2</sup>

Q. When you objected to firing on the women and children, did it occur to you not to shoot?

A. Yes, at that time I thought about not firing because I didn't want them to die, to be killed, and that's when the commandant said that we couldn't do anything for them, that we should continue to fire, and that's when we fired on them for a period of an hour and a half.

Q. What did he mean that you couldn't do anything for them?

A. Because they were in the house where the counter-revolutionaries were and that we couldn't do anything for them, that we had to continue to fire on the counter-revolutionaries who were in the peasants' home at that place.

On May 16, the battalion engaged in a second and, for the applicant, final action. Shortly thereafter he was given ten days' leave. He arrived at his mother's home May 28, went underground in Managua, left Nicaragua April 15, 1988, and arrived in Canada, via Honduras, Guatemala, Mexico and the United States, on April 28, 1989.

### The Decision

The Board's findings of fact were:<sup>3</sup>

The claimant gave evidence that on two occasions he had participated in the killing of people. On the first occasion, he took part in the killing of nineteen Nicaraguans, including three women and six children. The claimant gave no evidence of feeling hesitation or remorse during the first occasion of his shooting. He noted that he knew there were women and children in the house because of the screams after the first shots were fired. He continued with the others to fire at the building until all were dead. He testified that he felt remorse only after the shooting when he inspected the dead bodies inside the house. On the second occasion, the claimant, following without objection the orders of his commander, shot a fleeing contra-rebel in the back, killing him, without so much as a warning to his victim to stop.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Ibid.*, at p. 287.

<sup>3</sup> A.B., Vol. III, at p. 521.

<sup>4</sup> The applicant's conduct on the second occasion, May 16, was not expressed to be a basis for the conclusion of the Refu-

(Continued on next page)

R. Oui, il y avait environ 10 contre-révolutionnaires qui sont morts également parce qu'ils ne pouvaient plus continuer le combat, ils ne pouvaient plus résister.

Après avoir décrit leur enterrement, le requérant a poursuivi ainsi son témoignage<sup>2</sup>:

[TRADUCTION] Q. Lorsque vous vous êtes opposé au fait de tirer sur les femmes et les enfants, avez-vous songé à vous abstenir de tirer?

R. Oui, à ce moment j'ai pensé ne pas tirer parce que je ne voulais pas qu'ils meurent, qu'ils soient tués, et c'est là que le commandant a dit que nous ne pouvions rien pour eux, que nous devions continuer à tirer, et c'est à ce moment que nous avons fait feu sur eux pendant une demi-heure.

Q. Que voulait-il dire quand il a affirmé que vous ne pouviez rien pour eux?

R. Parce qu'ils étaient dans la maison où se trouvaient les contre-révolutionnaires et que nous ne pouvions rien faire pour eux, que nous devions continuer à tirer sur les contre-révolutionnaires qui se trouvaient là à l'intérieur de la maison des paysans.

Le 16 mai, le bataillon a été engagé dans une seconde, et quant au requérant, dernière action. Peu après il a obtenu une permission de dix jours. Arrivé chez sa mère le 28 mai, il s'est caché à Managua puis a quitté le Nicaragua le 15 avril 1988 pour arriver au Canada, via le Honduras, le Guatemala, le Mexique et les États-Unis, le 28 avril 1989.

### La décision

La Commission est arrivée aux conclusions de fait suivantes<sup>3</sup>:

Le demandeur a donné la preuve qu'à deux occasions il avait tué des gens. La première fois, il a pris part au massacre de 19 Nicaraguayens, y compris trois femmes et six enfants. Le demandeur n'a donné aucune preuve d'hésitation ou de remords au cours de cette tuerie. Il a aussi mentionné qu'il savait qu'il y avait des femmes et des enfants dans la maison parce qu'il a entendu leurs cris après les premiers coups de fusil. Il a continué, avec les autres, à tirer en direction de la maison jusqu'à ce qu'ils soient tous morts. Il a témoigné qu'il a eu des remords seulement après la tuerie, lorsqu'il a vu les corps dans la maison. La deuxième fois, le demandeur a suivi sans objection les ordres de son commandant et a tué un contre-révolutionnaire en lui tirant dans le dos sans lui ordonner au préalable de s'arrêter<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> *Ibid.*, à la p. 287.

<sup>3</sup> D.A., vol. III, à la p. 521.

<sup>4</sup> Dans sa conclusion, la section du réfugié n'a pas tenu compte de la conduite du requérant à cette deuxième occasion,

(Suite à la page suivante)

The Board then recited Article VI of the London Charter [*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279], to which I shall return, and concluded:<sup>5</sup>

Of the crimes listed in Article 1F(a), we find that "crime against humanity" is most applicable to the facts of this case.

This above-mentioned international instrument has explicitly made reference to the murder of civilians as part of its definition of "crime against humanity." The claimant admitted having participated in the killing of nine civilian women and children. This panel therefore finds that the claimant has committed a crime against humanity, namely, the murder of civilians.

The claimant alleged that he has committed this crime against humanity on the orders of a superior, but this will not absolve him of the responsibility for the act. A number of international instruments discuss this subject and all of them affirm the view that an individual charged with a crime could not disavow responsibility by claiming that he had acted pursuant to an order of his government.

Based on all the evidence before us, this panel finds that the claimant is excluded from the definition of Convention refugee because there are serious reasons for considering that he has committed a crime against humanity.

I would observe in passing that there is a profound and obviously unappreciated distinction between an order of a military superior and an order of a government.<sup>6</sup>

#### The Legislation and Incorporated Instruments

Distilled for purposes of this proceeding, the definition of "Convention refugee" prescribed by the *Immigration Act*<sup>7</sup> is:

(Continued from previous page)

gee Division. It appears that it was, correctly in my opinion, dismissed as irrelevant to a finding of crime against humanity. That said, its characterization by the tribunal is clearly pejorative and demonstrates a naive appreciation of the reality of both military service and guerrilla warfare which is by no means irrelevant.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 523.

<sup>6</sup> *vid. R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pp. 826 ff.

<sup>7</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

Après avoir cité l'article VI du Statut de Londres [*Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 18 août 1945, 82 R.T.N.U. 279],

a sur lequel je reviendrai, la Commission a conclu ainsi<sup>5</sup>:

De tous les crimes de la liste de l'article 1Fa), nous considérons que «le crime contre l'humanité» est celui qui s'applique le plus aux faits de la cause qui nous occupe.

b L'instrument international mentionné ci-dessus, a fait explicitement référence aux meurtres de civils comme faisant partie de la définition des «crimes contre l'humanité». Le demandeur a admis avoir participé au massacre de neuf civils, femmes et enfants. Le tribunal considère donc que le demandeur a commis un crime contre l'humanité, savoir, le meurtre de civils.

c Le demandeur a prétendu qu'il a commis ces crimes contre l'humanité en obéissant aux ordres de son supérieur, mais cela n'effacera pas sa responsabilité. De nombreux instruments internationaux font état de ce sujet, et tous déclarent qu'un individu accusé d'un crime ne peut annuler sa responsabilité en affirmant qu'il devait le faire sous l'ordre de son gouvernement.

e En se fondant sur toute la preuve présentée, le tribunal considère que le demandeur est exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention parce qu'il y a de sérieuses raisons de croire qu'il a commis un crime contre l'humanité.

f Je note incidemment qu'il existe une profonde distinction, passée manifestement inaperçue, entre l'ordre émanant d'un supérieur militaire et celui émanant d'un gouvernement<sup>6</sup>.

g La loi et les instruments qui y sont incorporés

h Ramenée à l'essentiel pour les fins de la présente instance, la définition de «réfugié au sens de la Convention» prescrite par la *Loi sur l'immigration*<sup>7</sup> désigne:

(Suite de la page précédente)

le 16 mai. Il semble que cette conduite ait été jugée, correctement à mon avis, non pertinente au regard de la notion de crime contre l'humanité. Cela dit, sa qualification par le tribunal est manifestement péjorative et témoigne d'une appréciation naïve de la réalité, tant du service militaire que de la guerre de guérilla, réalité pourtant hautement pertinente.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 523.

<sup>6</sup> Voir *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, aux p. 826 et suiv.

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

2. ...

“Convention refugee” means any person who

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

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

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

Section F of Article 1 provides:

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

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

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;

(c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

Paragraph 150 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*<sup>8</sup> states that the most comprehensive definition of those crimes is to be found in the London Agreement of August 8, 1945, which provided for the trial and punishment of “major war criminals of the European Axis” by the International Military Tribunal at Nuremberg. It reads:

#### Article 6

The Tribunal established [by the Governments of the Soviet Union, the United States and the United Kingdom and the Provisional Government of France] for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organisations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:—

(a) *Crimes against peace*: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in vio-

<sup>8</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, September 1979.

2. ...

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

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

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

b) Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

c) La section F de l’article premier dispose:

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;

b) qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés;

c) qu’elles se sont rendues coupables d’agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Suivant le paragraphe 150 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*<sup>8</sup>, la définition la plus complète de ces crimes est celle qui est donnée dans l’Accord de Londres du 8 août 1945, lequel prévoyait le jugement et le châtiement des «grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe» par le Tribunal militaire international établi à Nuremberg:

#### Article 6

Le Tribunal établi [par les gouvernements de l’Union soviétique, des États-Unis, du Royaume-Uni et du gouvernement provisoire de la France] pour le jugement et le châtiement des grands criminels de guerre des pays européens de l’Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l’Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d’organisations l’un quelconque des crimes suivants:

i) Les actes suivants, ou l’un quelconque d’entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle:

a) *Les Crimes contre la Paix*: c’est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d’une guerre

<sup>8</sup> Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, septembre 1979.



lation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) *War Crimes*: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages; or devastation not justified by military necessity;

(c) *Crimes against humanity*: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

. . .  
*Article 8*

The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

I have considered, as well, the parallel provisions of the January, 1946, Tokyo Proclamation and the 1945 Berlin Control Council Law No. 10. The differences are not, in my view, meaningful for purposes of this appeal.

The Tokyo Proclamation is interesting in that its definition of "War Crimes" is simply "namely, violations of the laws and or customs of war" without illustrations such as the reference to ill-treatment of slave labour and there is no reference to religious grounds in the definition of "Crimes against humanity." I infer that the definitions were to some extent tailor made.

The Issues

Two questions were posed by the applicant.

d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent;

b) *Les Crimes de Guerre*: c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

c) *Les Crimes contre l'Humanité*: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

. . .  
*Article 8*

Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégage pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige.

J'ai également examiné les dispositions parallèles de la Proclamation de Tokyo de janvier 1946 et de la Loi 10 du Conseil de contrôle de Berlin de 1945. À mon avis, les différences ne sont pas pertinentes pour les fins du présent appel.

La Proclamation de Tokyo est intéressante en ce qu'y sont définies comme «crimes de guerre» [TRANSDUCTION] «les violations des lois ou des coutumes de la guerre», sans que cette définition ne soit assortie d'exemples comme les mauvais traitements ou les travaux forcés; dans la définition de «crimes contre l'humanité» par ailleurs, il n'est pas fait mention des motifs religieux. J'en déduis que les définitions ont été conçues, du moins en partie, en fonction de situations particulières.

Questions en litige

Le requérant a posé deux questions:

1. Did the Board err in law in that it failed to consider whether the applicant met the inclusionary requirements of the definition of Convention refugee as contained in subsection 2(1) of the *Immigration Act*?

2. Did the Board err in law in determining that the applicant committed a crime against humanity (a) because it misconstrued the meaning of crime against humanity as contained in Article 1F(a) of the Convention and (b) because it misconstrued the evidence before it?

Neither of these questions has been directly confronted by this Court in the triad of decisions heretofore dealing with the exclusionary elements of the definition. In both *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>9</sup> and *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>10</sup> the claimant had been found by the Refugee Division to have established a well-founded fear of persecution for a Convention reason should he return to his own country. In *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>11</sup> the tribunal had not found it necessary to address that issue having found the exclusion of Article 1F(a) to apply. In none of those cases was there any doubt in the mind of the Court that what had been done to the prisoners or civilians by the military or militia had been a crime or crimes within the contemplation of the exclusion. The question in each was the legal consequence of the extent to which the claimant had been implicated.

#### Failure to Consider Merits of Claim

The applicant based the argument that a finding on the merits is essential because the quality of persecution which a claimant might suffer if returned must be weighed against the gravity of what had been done to engage the exclusion clause and that the balance was a factor which the Refugee Board was required to take into account in deciding whether or not the exclusion clause ought to be invoked. That argument

<sup>9</sup> [1992] 2 F.C. 306 (C.A.).

<sup>10</sup> [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

<sup>11</sup> [1994] 1 F.C. 298 (C.A.).

1. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas la question de savoir si le requérant satisfaisait aux exigences des dispositions inclusives de la définition de réfugié au sens de la Convention, donnée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*?

2. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le requérant a commis un crime contre l'humanité (a) en ce qu'elle a mal interprété le sens du terme crime contre l'humanité figurant à la section Fa) de l'article premier de la Convention et (b) en ce qu'elle a mal apprécié la preuve qui lui a été soumise?

Aucune de ces questions n'a été directement abordée par cette Cour dans les trois décisions ayant jusqu'ici traité des éléments d'exclusion de la définition. Dans les arrêts *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>9</sup> et *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>10</sup>, la section du statut de réfugié avait estimé que le demandeur avait établi qu'il craignait avec raison d'être persécuté pour l'un des motifs prévus à la Convention s'il devait retourner dans son pays. Dans l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>11</sup>, le tribunal n'avait pas jugé nécessaire de trancher cette question, ayant conclu à l'application de l'exclusion de la section Fa) de l'article premier. Dans chacun de ces cas, il ne faisait aucun doute pour la Cour que les actes perpétrés par l'armée ou la milice contre les prisonniers ou les civils constituaient des crimes visés par l'exclusion. La question qui se posait dans chaque espèce avait trait à la conséquence juridique devant être attachée au degré de participation du demandeur.

#### Défaut d'examiner le bien-fondé de la revendication

Le requérant soutient qu'une conclusion quant au bien-fondé de la revendication est essentielle parce que la persécution qu'il pourrait subir advenant son retour doit être appréciée au regard de la gravité des actes susceptibles de donner lieu à l'application de la disposition d'exclusion; selon lui, cette appréciation est un facteur dont la Commission du statut de réfugié devait tenir compte pour décider s'il y avait lieu

<sup>9</sup> [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

<sup>10</sup> [1994] 1 C.F. 433 (C.A.).

<sup>11</sup> [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

finds support in commentary if not jurisprudence, for example:<sup>12</sup>

Article 1F excludes 'persons', rather than 'refugees' from the benefits of the Convention, suggesting that the issue of a well-founded fear of persecution is irrelevant and need not be examined at all if there are 'serious reasons for considering' that an individual comes within its terms. In practice, the claim to be a refugee can rarely be ignored, for a balance must also be struck between the nature of the offence presumed to have been committed and the degree of persecution feared. 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. If the persecution feared is less, then the nature of the crime or crimes in question must be assessed to see whether criminal character in fact outweighs the applicant's character as a bona fide refugee.

That passage appears under the subtitle of "Serious Non-Political Crimes" which are the subject of Article 1F(b), rather than 1F(a), but the commentary is not limited in its terms nor, given the way Article 1F is drafted, could the author apply his reasoning to anything but Article 1F in its entirety. Perusal of the other commentary to which we were referred satisfies me that it, too, finds its entire support in Article 1F(b).

Can crimes committed in the prosecution or suppression of a revolution be characterized as "non-political"? I doubt it. Perhaps the modifier "serious" in Article 1F(b) would make possible the balancing suggested but there is no room for it in Article 1F(a). The crimes of Article 1F(a) are, by any definition, extremely serious. In so far as the commentary has a message applicable to Article 1F(a), it may be that what has occurred in combat is not to be readily found to be a crime.

<sup>12</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, at pp. 61-62. See also Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, A.W. Sijthoff-Leyden, 1966, Vol. 1, at pp. 297-298 and U.N.H.C.R., Canadian Branch, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence, Paper 5*, Ottawa, 1989.

d'invoker la clause d'exclusion. Cet argument est étayé par la doctrine sinon par la jurisprudence, comme en témoigne le passage suivant<sup>12</sup>:

a [TRADUCTION] L'article 1F exclut les «personnes» et non les «réfugiés» de la protection de la Convention, laissant ainsi croire que la question du bien-fondé de la crainte de persécution n'est pas pertinente et qu'il n'y a pas lieu de l'examiner s'il existe des «raisons sérieuses de penser» qu'un individu est visé par ces dispositions. En pratique, il peut rarement ne pas être tenu compte de la revendication du statut de réfugié car il faut aussi établir une pondération entre la nature de l'infraction reprochée et le degré de persécution appréhendée. La personne qui craint avec raison de subir des persécutions de nature à mettre sa vie ou sa liberté en danger ne devrait être exclue que pour des motifs très sérieux. Si le degré de persécution appréhendée est moindre, la nature du ou des crimes en cause doit être appréciée pour voir si, de fait, la moralité criminelle du requérant empêche de le considérer comme un réfugié de bonne foi.

d Ce passage apparaît sous le sous-titre «Crimes graves de droit commun», lesquels sont visés par la section Fb) de l'article premier et non par la section Fa). Vu cependant le caractère non limitatif de ce commentaire et le libellé de la section F de l'article premier, l'auteur ne pouvait appliquer son raisonnement qu'au paragraphe dans son ensemble. L'analyse d'un autre commentaire cité devant nous me convainc que lui aussi est entièrement étayé par la section Fb) de l'article premier.

Les crimes commis par les auteurs d'une révolution ou ses opposants peuvent-ils être qualifiés de crimes de «droit commun»? J'en doute. Peut-être l'adjectif «grave» utilisé à la section Fb) de l'article premier rend-il possible la pondération suggérée mais on ne retrouve rien de tel à la section Fa). Les crimes visés par cette dernière disposition sont, par définition, extrêmement graves. Dans la mesure où le commentaire s'applique aussi à cette disposition, c'est peut-être que ce qui se produit en situation de combat ne doit pas forcément être considéré comme un crime.

<sup>12</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, aux p. 61 et 62. Voir également Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, A.W. Sijthoff-Leyden, 1966, vol. 1, aux p. 297 et 298 et H.C.N.U.R., Délégation pour le Canada, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practice Violence, Paper 5*, Ottawa, 1989.

In my opinion, the reasoning of this Court in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>13</sup> which held the internal flight alternative concept to be inherent to the Convention refugee definition has application here. If a claimant had an internal flight alternative, there is simply no question of that claimant having ceased to be a Convention refugee. If there was an internal flight alternative, the claimant never was a Convention refugee because the expressed unwillingness to return to the country of nationality by reason of fear of persecution was necessarily not well-founded objectively.

I find nothing in the Act that would permit the Refugee Division to weigh the severity of potential persecution against the gravity of the conduct which has led it to conclude that what was done was an Article 1F(a) crime. The exclusion of Article 1F(a) is, by statute, integral to the definition. Whatever merit there might otherwise be to the claim, if the exclusion applies, the claimant simply cannot be a Convention refugee.

In my opinion, there is no error in law in either approach but there is a practical reason for the Refugee Division to deal with all elements of a claim in its decision. If it were to hold without reviewable error that, but for the exclusion, a claim was not well-founded, it would not be necessary, as it was in *Moreno*, for the matter to be referred back for yet another full hearing should a court find that the exclusion had been wrongly invoked. On the other hand, if it were to hold, as it did in *Ramirez and Sivakumar*, that the claim was well-founded but for application of the exclusion and, unlike those cases, it were found on appeal to have erred in applying it, this Court could make the necessary declaration without requiring the Refugee Division to deal with it again. Taxpayers might appreciate the economies of that approach.

À mon avis, le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>13</sup>, où il a été décidé que le concept de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est inhérent à la définition de réfugié au sens de la Convention, s'applique en l'espèce. Dans le cas d'un demandeur ayant eu la possibilité de se réfugier dans une autre partie du même pays, la question de savoir s'il a cessé d'être un réfugié au sens de la Convention ne se pose tout simplement pas. S'il y avait effectivement une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, le demandeur n'a jamais été un réfugié au sens de la Convention parce que sa réticence à retourner dans le pays de sa nationalité par crainte de la persécution n'était de toute évidence pas fondée objectivement.

À mon avis, rien dans la Loi ne permet à la section du statut de réfugié d'apprécier la sévérité de la persécution potentielle au regard de la gravité de la conduite qui l'a amenée à conclure qu'il s'agissait d'un crime visé par la section Fa) de l'article premier. L'exclusion de la section Fa) de l'article premier fait, en vertu de la loi, partie intégrante de la définition. Quel que soit par ailleurs le bien-fondé de sa revendication, le demandeur ne peut aucunement être un réfugié au sens de la Convention si l'exclusion s'applique.

À mon avis, l'une ou l'autre voie est exempte d'erreur de droit mais il serait souhaitable, pour des raisons pratiques, que la section du statut de réfugié traite dans sa décision de tous les éléments d'une revendication. Si, en l'absence d'erreur susceptible d'examen, elle devait décider que, n'eût été l'exclusion, la revendication était mal fondée, il ne serait pas nécessaire, contrairement à ce qui s'est passé dans l'arrêt *Moreno*, de renvoyer l'affaire pour une nouvelle audition dans le cas où le tribunal conclurait que l'exclusion a été invoquée à tort. Par contre, si elle devait décider, comme dans les arrêts *Ramirez et Sivakumar*, que la revendication aurait été bien fondée n'eût été l'application de la clause d'exclusion mais qu'à la différence de ces arrêts, il était jugé en appel que la section avait commis une erreur en appliquant cette clause, le tribunal ferait alors la déclaration nécessaire mais sans exiger que la section du statut se saisisse à nouveau de l'affaire. Les contri-

<sup>13</sup> [1992] 1 F.C. 706 (C.A.).

<sup>13</sup> [1992] 1 C.F. 706 (C.A.).

### Error in Applying Exclusion Clause

What happened was plainly not a “crime against peace.” While I question the Refugee Division’s characterization of what happened as more appropriately a “crime against humanity” than a “war crime”, I do not think that material. I see no prejudice to the applicant in this case. If what he admitted to having done was either, the exclusion clause was properly invoked. I likewise see no error discrete to the Refugee Division’s findings of fact that would require this question to be dealt with in the two parts it was posed.

In *Ramirez*, the principal issue was complicity as a basis for finding that crimes against humanity had been committed by the claimant. Its relevant teaching is that the words “serious reasons for considering” must be taken as prescribing a lower standard of proof than a balance of probabilities. There is no question as to either complicity or burden of proof in this case. The applicant admitted to having himself taken part.

*Sivakumar* does discuss what constitutes war crimes and crimes against humanity and what distinguishes the two but that discussion, being directed to the particular facts, is not of much help here. The claimant had been a senior staff officer of a revolutionary, rather than government, militia which had committed numerous crimes against humanity but he had neither ordered nor been personally present at their commission. I agree with the *dicta* of that decision that the distinction between the crimes is rather dubious in the context of a civil war.

While *Moreno* was also primarily concerned with complicity, it is nevertheless pertinent here. Taking account of the questionable distinction between the

buables apprécieraient peut-être l’économie ainsi réalisée.

### Erreur dans l’application de la clause d’exclusion

Ce qui est arrivé n’était manifestement pas un «crime contre la paix». Si, contrairement à la section du statut de réfugié, je doute que les événements survenus relèvent davantage de la catégorie «crime contre l’humanité» que de celle de «crime de guerre», je ne crois pas à l’importance de cette distinction. Le requérant n’a, à mon avis, subi aucun préjudice en l’espèce. Si l’acte qu’il a admis avoir commis appartient à l’une ou l’autre de ces catégories, c’est à bon droit que la clause d’exclusion a été invoquée. De même, je ne vois dans les conclusions de fait de la section du statut de réfugié aucune erreur nécessitant une analyse en deux volets comme le veut la formulation de la question.

Dans l’arrêt *Ramirez*, la principale question portait sur la mesure dans laquelle la complicité pouvait servir à prouver que le demandeur avait commis des crimes contre l’humanité. Cet arrêt enseigne que les mots «raisons sérieuses de penser» ont pour effet d’établir une norme de preuve moindre que la prépondérance des probabilités. La question de la complicité ou de la charge de la preuve ne se pose pas en l’espèce. Le requérant a admis avoir personnellement pris part aux événements en cause.

L’arrêt *Sivakumar* analyse la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l’humanité, mais cette analyse, fondée sur les faits particuliers de cette affaire, ne présente pas un grand intérêt en l’espèce. L’auteur de la revendication avait été officier supérieur d’état-major au sein d’une milice révolutionnaire, et non gouvernementale, ayant commis de nombreux crimes contre l’humanité, mais il n’avait pas personnellement donné d’ordres ni été présent lors de la perpétration des crimes. Je souscris au commentaire incident formulé dans cet arrêt, savoir que la distinction entre les crimes est plutôt douteuse dans le contexte d’une guerre civile.

Bien que l’arrêt *Moreno* porte lui aussi essentiellement sur la question de la complicité, il est néanmoins pertinent en l’espèce. Tenant pour acquise la

crimes in a civil war, it established the following relevant principles:

1. The standard of proof prescribed by the Convention, and defined by *Ramirez*, that is, something less than a balance of probabilities, pertains only to questions of fact.

2. It is a question of law whether the act of killing civilians by military personnel is to be classified as a crime against humanity or a war crime.

3. The legal criteria found in the Act and Convention must be satisfied for an act or omission to be found a crime against humanity or a war crime.

4. The criteria are not satisfied if what is established is that there are “serious reasons for considering” that an act or omission could be classified as a crime against humanity or a war crime; it must be established that, in law, it definitely was.

It is desirable to repeat a paragraph from the tribunal’s decision in which, after reciting Article 6 of the London Charter, it said:

The above-mentioned international instrument has explicitly made reference to the murder of civilians as part of its definition of “crimes against humanity.” The claimant admitted having participated in the killing of nine civilian women and children. This panel therefore finds that the claimant has committed a crime against humanity, namely, the murder of civilians.

Counsel for the respondent dealt with that as though it was a matter of *res ipsa loquitur*. In my opinion, in the context of a military confrontation and notwithstanding a certainty of civilian casualties, a facile transition from murder to killing and back is indefensible in law.

The acts and omissions contemplated by those who defined the crimes of Article 1F are fully exposed in the record of the Nuremberg trial.<sup>14</sup> The murder and ill-treatment of civilian population in Europe is

<sup>14</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945—1 October 1946.*

difficulté d’établir des distinctions entre les crimes dans une guerre civile, cet arrêt établit les principes suivants:

1. La norme de preuve prescrite par la Convention, et définie dans l’arrêt *Ramirez*, savoir une norme inférieure à la prépondérance des probabilités, ne s’applique qu’aux questions de fait.

2. La question de savoir si le fait, pour le personnel militaire, de tuer des civils peut être qualifié de crime contre l’humanité ou de crime de guerre est une question de droit.

3. Il doit être satisfait aux critères juridiques prévus par la Loi et la Convention pour qu’un acte ou une omission puisse être considéré comme un crime contre l’humanité ou un crime de guerre.

4. Il n’est pas satisfait aux critères si la preuve établie est qu’il existe de «sérieuses raisons de penser» qu’un acte ou une omission pourrait être qualifié de crime contre l’humanité ou de crime de guerre; il doit être établi que, en droit, la qualification ne faisait en ce cas aucun doute.

Il convient de reprendre un paragraphe de la décision du tribunal où il dit, après avoir cité l’article 6 du Statut de Londres:

L’instrument international mentionné ci-dessus a fait explicitement référence aux meurtres de civils comme faisant partie de la définition des «crimes contre l’humanité». Le demandeur a admis avoir participé au massacre de neuf civils, femmes et enfants. Le tribunal considère donc que le demandeur a commis un crime contre l’humanité, savoir, le meurtre de civils.

L’avocate de l’intimé a considéré qu’il s’agissait d’un cas d’application de la règle *res ipsa loquitur*. À mon avis, dans le contexte d’un affrontement militaire et malgré la certitude qu’il y aura des victimes civiles, il existe entre le fait de tuer quelqu’un et l’assassinat un pas qu’il est indéfendable en droit de franchir aussi facilement.

Les actes et les omissions que visaient ceux qui ont défini les crimes de la section F de l’article premier sont abondamment décrits dans le dossier du procès de Nuremberg<sup>14</sup>. Les assassinats et les mauvais traite-

<sup>14</sup> *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945—1<sup>er</sup> octobre 1946.*

extensively discussed.<sup>15</sup> No particular quotation is possible. It is a litany of horror. The gist is to be gained by perusal of many pages. Expressing a conclusion no more embracing than the present appeal requires, I am of the opinion that a finding of a war crime or crime against humanity by a private soldier engaged in an action against an armed enemy is not to be reached within the Convention refugee definition. Tragic and appalling as its inevitable result, what the applicant admitted to was participation in a military action that does not reach the concepts of war crime or crime against humanity. It was war, not war crime.

Since what the applicant admitted to having done was neither a war crime nor crime against humanity, the tribunal erred in applying the exclusion clause. That conclusion renders unnecessary consideration of the impact, if any, of *Finta* on Convention refugee definition having particular regard to Article 8 of the London Agreement and parallel provisions in other relevant international instruments.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Refugee Division dated October 12, 1990, and remit the matter for a new hearing on the basis that the exclusion of Article 1F(a) does not apply to the applicant.

ROBERTSON J.A.: I agree.

\* \* \*

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

LÉTOURNEAU J.A.: I agree with my colleague, for the reasons that he gives, that this appeal ought to be allowed and the matter disposed of as he suggests.

It is a question of law to determine whether the act of killing civilians by military personnel can constitute a crime against humanity or a war crime as the

<sup>15</sup> Official Text in the English Language, Vol. XXII, at pp. 475 ff.

ments dont ont été victimes les populations civiles en Europe y font l'objet d'un examen détaillé<sup>15</sup>. Impossible de citer un extrait en particulier. C'est une litanie d'horreurs dont l'essentiel se dégage au fil des pages. M'en tenant aux faits du présent appel, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu, dans les limites de la définition de réfugié au sens de la Convention, de conclure qu'il y a eu perpétration d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité dans le cas d'un soldat engagé dans une action contre un ennemi armé. Aussi tragique et effroyable qu'en ait été l'inéluctable résultat, l'acte auquel le requérant a admis avoir participé s'inscrivait dans une action militaire qui ne correspondait pas à la notion de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. C'était la guerre, non un crime de guerre.

Étant donné que l'acte que le requérant a avoué avoir commis n'était ni un crime de guerre ni un crime contre l'humanité, le tribunal a commis une erreur en appliquant la disposition d'exclusion. Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner l'effet, s'il y a lieu, de l'arrêt *Finta* sur la définition de réfugié au sens de la Convention, eu égard en particulier à l'article 8 de l'Accord de Londres et aux dispositions pertinentes d'autres instruments internationaux.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la section du statut de réfugié en date du 12 octobre 1990, et je renverrais l'affaire pour qu'elle fasse l'objet d'une nouvelle audition, étant entendu que l'exclusion de la section Fa) de l'article premier ne s'applique pas au requérant.

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

\* \* \*

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je conviens avec mon collègue, pour les motifs qu'il expose, que le présent appel doit être accueilli et j'approuve la façon dont il propose de disposer de l'affaire.

La question de savoir si le fait pour des militaires de tuer des civils peut constituer un crime contre l'humanité ou un crime de guerre est une question de

<sup>15</sup> Texte officiel en langue anglaise, vol. XXII, aux p. 475 et suiv.

issue refers to the proper construction to be given to the definition of these crimes. The construction of a provision or statute, i.e. the meaning, scope and definition of the contents and elements of a crime, be it murder, manslaughter, assault, robbery or a war crime or a crime against humanity, is without a doubt a question of law.<sup>16</sup>

In the present case, I believe the Board misconstrued the very notion of crime against humanity and erred in law in too readily assuming that the essential elements of the crime can consist of the mere killing of innocent civilians by military personnel during an action against an armed enemy. This is where the question of law resides and the error of law lies.

I am satisfied that in the particular facts and circumstances of this case the applicant was, as a private soldier, engaged in an action against an armed enemy, and that his actual participation in the killing of innocent civilians by his platoon falls short of a crime against humanity. Had the Board properly construed the meaning of crime against humanity, it would have so found.

However, I do not wish to be understood as saying that the killing of civilians by a private soldier while engaged in an action against an armed enemy can never amount to a crime against humanity or a war crime so as to never give rise to the application of the exclusion found in Article IF(a) of the Convention. Each individual case will depend on its own particular facts and circumstances. It may be that in a given situation, while the death of innocent civilians occurred at the time of, or during, an action against an armed enemy, such deaths were not the unfortunate and inevitable casualties of war as contended, but rather resulted from intentional, deliberate and unjustifiable acts of killing and slaughtering.

<sup>16</sup> See: *Canadian Lift Truck Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1956), 1 D.L.R. (2d) 497 (S.C.C.); *D/M.N.R. for Customs and Excise v. G.T.E. Sylvania Canada Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 131 (F.C.A.); *Air Atonabee Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners* (1991), 135 N.R. 118 (F.C.A.); *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, at p. 71; *Sokoloski v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 523.

droit parce qu'elle se rattache à l'interprétation qu'il convient de donner à la définition de ces crimes. Or il est sans conteste que l'interprétation d'une disposition ou d'une loi, savoir le sens, la portée et la définition des éléments constitutifs d'un crime, qu'il s'agisse de meurtre, d'homicide involontaire, de voies de fait, de vol qualifié, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité, est une question de droit<sup>16</sup>.

En l'espèce, j'estime que la Commission a mal interprété la notion même de crime contre l'humanité et qu'elle a commis une erreur de droit en présumant trop rapidement que les éléments essentiels du crime pouvaient consister dans le simple fait, pour des militaires, de tuer des civils innocents dans le cours d'une action contre un ennemi armé. C'est là que se pose la question de droit et c'est là qu'a été commise l'erreur de droit.

Eu égard aux circonstances et aux faits particuliers de la présente affaire, je suis persuadé que le requérant était, en sa qualité de soldat, engagé dans une action contre un ennemi armé, et que sa participation réelle dans la mort de civils innocents aux mains de son peloton n'équivaut pas à un crime contre l'humanité. Si la Commission avait interprété correctement la notion de crime contre l'humanité, elle en serait venue à cette conclusion.

Toutefois, je ne veux pas dire que le fait qu'un soldat tue des civils au cours d'une action contre un ennemi armé ne peut jamais équivaloir à un crime contre l'humanité ou à un crime de guerre, de sorte de ne jamais donner lieu à l'application de l'exclusion de la section Fa) de l'article premier de la Convention. Tout dépendra des faits et des circonstances propres à chaque espèce. Il se peut en effet que dans une situation donnée où il y a eu mort de civils innocents au moment ou à la faveur d'une action contre un ennemi armé, ces morts n'aient pas été la conséquence malheureuse et inéluctable de la guerre mais plutôt le résultat de massacres intentionnels, délibérés et injustifiables.

<sup>16</sup> Voir: *Canadian Lift Truck Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1956), 1 D.L.R. (2d) 497 (C.S.C.); *Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise c. G.T.E. Sylvania Canada Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 131 (C.A.F.); *Air Atonabee Ltd c. Commissaires du havre de Toronto* (1991), 135 N.R. 118 (C.A.F.); *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, à la p. 71; *Sokoloski c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 523.