

**Rachidi Ekanza Ezokola** *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship  
and Immigration** *Respondent*

and

**United Nations High Commissioner  
for Refugees, Amnesty International,  
Canadian Centre for International Justice,  
International Human Rights Program at  
the University of Toronto Faculty of Law,  
Canadian Council for Refugees,  
Canadian Civil Liberties Association  
and Canadian Association of  
Refugee Lawyers** *Interveners*

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

**2013 SCC 40**

File No.: 34470.

2013: January 17; 2013: July 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,  
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and  
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Immigration law — Convention refugees — Complicity in crimes against humanity — Former representative of the Democratic Republic of Congo seeking refugee protection in Canada — Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that representative was complicit in crimes against humanity committed by the government of the Democratic Republic of Congo — Whether mere association or passive acquiescence are sufficient to establish complicity — Whether a contribution-based test for complicity should be adopted — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(a).*

**Rachidi Ekanza Ezokola** *Appelant*

c.

**Ministre de la Citoyenneté et  
de l'Immigration** *Intimé*

et

**Haut Commissariat des Nations Unies  
pour les réfugiés, Amnistie Internationale,  
Centre canadien pour la justice internationale,  
International Human Rights Program at  
the University of Toronto Faculty of Law,  
Conseil canadien pour les réfugiés,  
Association canadienne des libertés civiles  
et Association canadienne des avocats et  
avocates en droit des réfugiés** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : EZOKOLA c. CANADA  
(CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

**2013 CSC 40**

N° du greffe : 34470.

2013 : 17 janvier; 2013 : 19 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit de l'immigration — Réfugiés au sens de la Convention — Complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité — Demande d'asile au Canada présentée par un ancien représentant de la République démocratique du Congo — Rejet de la demande par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au motif que le représentant s'est rendu complice de crimes contre l'humanité perpétrés par le gouvernement de la République démocratique du Congo — La simple association ou l'acquiescement passif suffisent-ils pour établir la complicité? — Y a-t-il lieu d'adopter un critère axé sur la contribution aux fins de l'établissement de la complicité? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fa).*

In January 1999, E began his career with the government of the Democratic Republic of Congo (“DRC”) as a financial attaché in Kinshasa. By 2007, he was leading the Permanent Mission of the DRC at the United Nations in New York. In January 2008, he resigned that post and fled to Canada. He says that he could no longer work for the government of President Kabila, which he considered corrupt, antidemocratic and violent. He claims that his resignation would be viewed as an act of treason by the DRC government, and that the DRC’s intelligence service had harassed, intimidated, and threatened him. He sought refugee protection for himself and his family in Canada.

The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board excluded E from the definition of “refugee” under art. 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (“*Refugee Convention*”), finding that he was complicit in crimes against humanity committed by the government of the DRC. The Federal Court allowed E’s application for judicial review, but certified a question concerning the nature of complicity under art. 1F(a). The Federal Court of Appeal held that a senior official in a government could demonstrate personal and knowing participation and be complicit in the crimes of the government by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes committed by the government. It remitted the matter to a different panel of the Refugee Protection Division to apply that test to the facts of this case.

*Held:* The appeal should be allowed and the matter remitted to a new panel of the Refugee Protection Division for redetermination in accordance with these reasons.

To exclude a claimant from the definition of “refugee” by virtue of art. 1F(a), there must be serious reasons for considering that the claimant has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose. Decision makers should not overextend the concept of complicity to capture individuals based on mere association or passive acquiescence. In Canada, the personal and knowing participation test has, in some cases, been overextended to capture individuals on the basis of complicity by association. It is therefore necessary to rearticulate the Canadian approach to bring it in line with the purpose of the *Refugee Convention* and art. 1F(a), the role of the Refugee Protection Division, the international law to which art. 1F(a) expressly refers, the

En janvier 1999, E a entrepris sa carrière au gouvernement de la République démocratique du Congo (« RDC ») à titre d’attaché financier, à Kinshasa. En 2007, il dirigeait la Mission permanente de la RDC aux Nations Unies, à New York. En janvier 2008, il a résigné ses fonctions et fui au Canada. Il affirme qu’il ne pouvait plus servir le gouvernement du président Kabila, qu’il jugeait corrompu, antidémocratique et violent. Selon ses dires, sa démission est considérée comme un acte de trahison par le gouvernement de la RDC, et le service du renseignement de la RDC l’a harcelé, intimidé et menacé. Il a demandé l’asile au Canada pour sa famille et lui-même.

La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a refusé la protection des réfugiés à E en application de l’art. 1Fa) de la *Convention relative au Statut des Réfugiés* des Nations Unies (« *Convention relative aux réfugiés* ») parce qu’il avait été complice de crimes contre l’humanité perpétrés par le gouvernement de la RDC. La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de E, mais elle a certifié une question quant à la nature de la complicité requise aux fins de l’art. 1Fa). La Cour d’appel fédérale a opiné que le haut fonctionnaire qui demeure en poste sans protester et qui continue à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu’il a connaissance des crimes commis par son gouvernement peut de ce fait participer personnellement et consciemment à ces crimes et s’en rendre complice. Elle a renvoyé l’affaire à une formation différente de la Section de la protection des réfugiés afin qu’elle applique ce critère aux faits de l’espèce.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l’affaire est renvoyée à une formation différente de la Section de la protection des réfugiés afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme aux présents motifs.

Pour refuser l’asile à un demandeur sur le fondement de l’art. 1Fa), il doit exister des raisons sérieuses de penser qu’il a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation. Le décideur doit s’abstenir d’élargir indûment la notion de complicité et de conclure qu’une personne est complice par simple association ou acquiescement passif. Au Canada, le critère fondé sur la participation personnelle et consciente a parfois été indûment assoupli de manière à englober la complicité par association. Il est donc nécessaire de revoir l’interprétation canadienne afin de l’harmoniser avec l’objet de la *Convention relative aux réfugiés* et de son art. 1Fa), le rôle de la Section de la protection des réfugiés, le droit international auquel

approach to complicity under art. 1F(a) taken by other state parties to the *Refugee Convention*, and fundamental criminal law principles. These sources all support the adoption of a contribution-based test for complicity — one that requires a voluntary, knowing, and significant contribution to the crime or criminal purpose of a group.

First, the *Refugee Convention* embodies profound concern for refugees and a commitment to assure refugees the widest possible exercise of fundamental rights and freedoms. However, it also protects the integrity of international refugee protection by ensuring that the authors of crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity do not exploit the system to their own advantage. A strict reading of art. 1F(a) properly balances these two aims.

Second, unlike international criminal tribunals, the Refugee Protection Division does not determine guilt or innocence, but excludes, *ab initio*, those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status. This is reflected in and accommodated by the unique evidentiary burden applicable to art. 1F(a) determinations: a person is excluded from the definition of “refugee” if there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity. While this standard is lower than that applicable in actual war crimes trials, it requires more than mere suspicion.

Third, the modes of commission recognized in international criminal law articulate a broad concept of complicity, but, even at their broadest, they do not hold individuals liable for crimes committed by a group simply because they are associated with the group or passively acquiesced to the group’s criminal purposes. Common purpose liability, the broad residual mode of commission recognized in the *Rome Statute of the International Criminal Court*, appears to require a significant contribution to a crime committed or attempted by a group acting with a common purpose, and, while joint criminal enterprise, as recognized by the *ad hoc* tribunals, encompasses recklessness with respect to the crime or criminal purpose, even it does not capture individuals merely based on rank or association.

renvoie expressément l’art. 1Fa) et le critère de complicité retenu par d’autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés*, ainsi qu’avec les principes fondamentaux du droit pénal. Tous ces éléments favorisent l’adoption d’un critère axé sur la contribution, un critère qui requiert une contribution à la fois volontaire, consciente et significative aux crimes ou au dessein criminel d’un groupe.

Premièrement, la *Convention relative aux réfugiés* exprime une profonde sollicitude pour les réfugiés et le souci de leur assurer l’exercice le plus large possible des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Cependant, elle protège aussi l’intégrité de la protection internationale accordée aux réfugiés en empêchant l’auteur d’un crime contre la paix, d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité de tirer avantage du régime de protection. Une interprétation stricte de l’art. 1Fa) établit un juste équilibre entre ces deux objectifs.

Deuxièmement, contrairement aux tribunaux pénaux internationaux, la Section de la protection des réfugiés ne conclut ni à la culpabilité du demandeur, ni à son innocence, mais exclut plutôt *ab initio* celui qui n’est pas un réfugié authentique au moment de la présentation de sa revendication. Cette différence se traduit et est prise en compte par le fardeau de preuve particulier que prévoit l’art. 1Fa) : le droit d’asile peut être refusé s’il existe des raisons sérieuses de penser que le demandeur a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité. Cette norme de preuve est moins stricte que celle appliquée dans un procès pour crime de guerre, mais elle requiert davantage qu’un simple soupçon.

Troisièmement, les divers modes de commission reconnus en droit pénal international définissent les contours d’un concept général de complicité, mais même interprétés de manière extensive, ils ne font pas en sorte qu’une personne soit tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu’elle est associée à ce groupe ou qu’elle a passivement acquiescé à son dessein criminel. La responsabilité qui découle du fait d’agir de concert dans un dessein commun — le mode de commission résiduel général reconnu par le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* — paraît exiger une contribution significative au crime qu’un groupe animé d’un dessein commun a perpétré ou tenté de perpétrer; reconnue par les tribunaux *ad hoc*, l’entreprise criminelle commune englobe l’insouciance à l’égard du crime ou du dessein criminel, même si elle n’est pas imputée à une personne uniquement sur la base des fonctions ou de l’association.

Fourth, other state parties to the *Refugee Convention* have approached art. 1F(a) in a manner that concentrates on the actual role played by the particular person. They allow that an individual can be complicit without being present at or physically contributing to the crime, but they require evidence that the individual knowingly made a significant contribution to the group's crime or criminal purpose before excluding the person from the definition of "refugee".

Finally, a concept of complicity that leaves any room for guilt by association or passive acquiescence violates two fundamental criminal law principles: the principle that criminal liability does not attach to omissions unless an individual is under a duty to act, and the principle that individuals can only be liable for their own culpable conduct.

In light of the foregoing, exclusions based on the criminal activities of the group and not on the individual's contribution to that criminal activity must be firmly foreclosed in Canadian law. Whether an individual's conduct meets the *actus reus* and *mens rea* for complicity will depend on the facts of each case, including (i) the size and nature of the organization; (ii) the part of the organization with which the claimant was most directly concerned; (iii) the claimant's duties and activities within the organization; (iv) the claimant's position or rank in the organization; (v) the length of time the claimant was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose; and (vi) the method by which the claimant was recruited and claimant's opportunity to leave the organization. These factors are not necessarily exhaustive, nor will each of them be significant in every case. Their assessment will necessarily be highly contextual, the focus must always remain on the individual's contribution to the crime or criminal purpose, and any viable defences should be taken into account.

### Cases Cited

**Referred to:** *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385; *Kumar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 643 (CanLII); *Harb v. Canada (Minister of*

Quatrièmement, d'autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés* ont interprété l'art. 1Fa) de manière à s'attacher au rôle véritable de la personne en cause. Ainsi, un individu peut être complice d'un crime auquel il n'a ni assisté, ni contribué matériellement, mais pour lui refuser le droit d'asile, il doit être prouvé qu'il a consciemment contribué de manière significative au crime perpétré par le groupe ou à la réalisation de son dessein criminel.

Enfin, la complicité susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif va à l'encontre de deux principes fondamentaux du droit pénal : sauf obligation d'agir, l'omission n'emporte pas la responsabilité pénale, et une personne ne peut être tenue responsable que de ses propres actes coupables.

Compte tenu de ce qui précède, le refus de protection fondé sur les activités criminelles du groupe plutôt que sur la contribution de l'individu à ces activités criminelles doit être clairement exclu en droit canadien. Le fait que les actes d'un individu correspondent ou non à l'*actus reus* et à la *mens rea* exigés pour qu'il y ait complicité dépend des faits de chaque affaire, notamment (i) de la taille et de la nature de l'organisation, (ii) de la section de l'organisation à laquelle le demandeur était le plus directement associé, (iii) des fonctions et des activités du demandeur au sein de l'organisation, (iv) du poste ou du grade du demandeur au sein de l'organisation, (v) de la durée de l'appartenance du demandeur à l'organisation, surtout après qu'il a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel, ainsi que (vi) du mode de recrutement du demandeur et de la possibilité qu'il a eue ou non de quitter l'organisation. Ces considérations ne font pas nécessairement état de tous les éléments à examiner et chacune ne s'applique pas à tout coup. Leur examen doit nécessairement être particulièrement contextuel, toujours s'attacher à la contribution de l'individu aux crimes ou au dessein criminel et tenir compte des moyens de défense opposables.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Kumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 643 (CanLII); *Harb c. Canada*

*Citizenship and Immigration*), 2003 FCA 39, 302 N.R. 178; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; *R. (J.S. (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, aff'd ICC-01/04-01/10-514, 30 May 2012; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, aff'g ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007; *Prosecutor v. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009; *Prosecutor v. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, 30 May 2013; *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 July 1999; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, 3 April 2007; *Ryivuze v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 134, 325 F.T.R. 30; *Xu Sheng Gao v. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007); *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 F.T.R. 143; *Mpia-Mena-Zambili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1349, 281 F.T.R. 54; *Fabela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1028, 277 F.T.R. 20.

### Statutes and Regulations Cited

*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(2).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 98, 162(2), 170(g), (h).

### Treaties and Other International Instruments

*Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6, Preamble, art. 1F(a).  
*Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998, arts. 25, 28, 30, 31(1)(d).  
*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

### Authors Cited

Cassese, Antonio. "From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court", in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, 3.

*(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 39, 302 N.R. 178; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; *R. (J.S. (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184; *Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011, conf. par ICC-01/04-01/10-514, 30 mai 2012; *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, 14 mars 2012, conf. ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007; *Prosecutor c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, 23 janvier 2012; *Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, 15 juin 2009; *Prosecutor c. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, 30 mai 2013; *Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999; *Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, 3 avril 2007; *Ryivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 134 (CanLII); *Xu Sheng Gao c. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007); *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15817; *Mpia-Mena-Zambili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1349 (CanLII); *Fabela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1028 (CanLII).

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(2).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 98, 162(2), 170(g), (h).  
*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24.

### Traité et autres instruments internationaux

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.  
*Convention relative au Statut des Réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, préambule, art. 1F(a).  
*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, art. 25, 28, 30, 31(1)d).

### Doctrine et autres documents cités

Cassese, Antonio. « From Nuremberg to Rome : International Military Tribunals to the International Criminal Court », in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. I. Oxford : Oxford University Press, 2002, 3.

- Cassese, Antonio. “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise” (2007), 5 *J.I.C.J.* 109.
- Cassese’s International Criminal Law*, 3rd ed., revised by Antonio Cassese, et al. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Cryer, Robert, et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Goy, Barbara. “Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals” (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1.
- Human Rights Watch. *World Report 2006: Events of 2005*. New York: Human Rights Watch, 2006.
- Kaushal, Asha, and Catherine Dauvergne. “The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions” (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 54.
- Lafontaine, Fannie. *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*. Toronto: Carswell, 2012.
- Manacorda, Stefano, and Chantal Meloni. “Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” (2011), 9 *J.I.C.J.* 159.
- United Nations High Commissioner for Refugees. “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online: www.unhcr.org).
- van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Werle, Gerhard. “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute” (2007), 5 *J.I.C.J.* 953.
- Zambelli, Pia. “Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law” (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 252.
- APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Pelletier JJ.A.), 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, 420 N.R. 279, 335 D.L.R. (4th) 164, 1 Imm. L.R. (4th) 181, [2011] F.C.J. No. 1052 (QL), 2011 CarswellNat 2546, setting aside in part a decision of Mainville J., 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377, 373 F.T.R. 97, [2010] F.C.J. No. 766 (QL), 2010 CarswellNat 6199, setting aside a decision of the Immigration and Refugee Board (Refugee Protection Division), 2009 CanLII 89027. Appeal allowed.
- Cassese, Antonio. « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007), 5 *J.I.C.J.* 109.
- Cassese’s International Criminal Law*, 3rd ed., revised by Antonio Cassese, et al. Oxford : Oxford University Press, 2013.
- Cryer, Robert, et al. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2010.
- Goy, Barbara. « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court : A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals » (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne : www.unhcr.fr).
- Human Rights Watch. *World Report 2006 : Events of 2005*. New York : Human Rights Watch, 2006.
- Kaushal, Asha, and Catherine Dauvergne. « The Growing Culture of Exclusion : Trends in Canadian Refugee Exclusions » (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 54.
- Lafontaine, Fannie. *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts*. Toronto : Carswell, 2012.
- Manacorda, Stefano, and Chantal Meloni. « Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? » (2011), 9 *J.I.C.J.* 159.
- van Sliedregt, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Werle, Gerhard. « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007), 5 *J.I.C.J.* 953.
- Zambelli, Pia. « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law » (2011), 23 *Int’l. J. Refugee L.* 252.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Pelletier), 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, 420 N.R. 279, 335 D.L.R. (4th) 164, 1 Imm. L.R. (4th) 181, [2011] A.C.F. n° 1052 (QL), 2011 CarswellNat 6333, qui a infirmé en partie une décision du juge Mainville, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377, 373 F.T.R. 97, [2010] A.C.F. n° 766 (QL), 2010 CarswellNat 1860, qui avait infirmé une décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Section de la protection des réfugiés), 2009 CanLII 89027. Pourvoi accueilli.

*Jared Will, Annick Legault and Peter Shams*, for the appellant.

*François Joyal and Ginette Gobeil*, for the respondent.

*Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland, Kylie Buday and Rana Khan*, for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees.

*Michael Bossin, Chantal Tie and Laïla Demirdache*, for the intervener Amnesty International.

*John Terry, Sarah R. Shody and Renu Mandhane*, for the interveners the Canadian Centre for International Justice and the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

*Catherine Dauvergne, Angus Grant and Pia Zambelli*, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

*Sukanya Pillay*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Jennifer Bond, Carole Simone Dahan, Aviva Basman and Andrew Brouwer*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

## I. Introduction

[1] Criminal responsibility does not fall solely upon direct perpetrators of crime. A murder conviction, for example, can attach equally to one who pulls the trigger and one who provides the gun. Complicity is a defining characteristic of crimes in the international context, where some of the world's worst crimes are committed often at a distance, by a multitude of actors.

*Jared Will, Annick Legault et Peter Shams*, pour l'appelant.

*François Joyal et Ginette Gobeil*, pour l'intimé.

*Lorne Waldman, Jacqueline Swaisland, Kylie Buday et Rana Khan*, pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

*Michael Bossin, Chantal Tie et Laïla Demirdache*, pour l'intervenante Amnistie Internationale.

*John Terry, Sarah R. Shody et Renu Mandhane*, pour les intervenants le Centre canadien pour la justice internationale et International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

*Catherine Dauvergne, Angus Grant et Pia Zambelli*, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

*Sukanya Pillay*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Jennifer Bond, Carole Simone Dahan, Aviva Basman et Andrew Brouwer*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

## I. Introduction

[1] La responsabilité pénale ne résulte pas seulement de la perpétration directe d'un crime. Par exemple, non seulement la personne qui appuie sur la détente mais aussi celle qui fournit l'arme peuvent être déclarées coupables de meurtre. Dans le contexte international, où certains des crimes les plus graves sont souvent commis à distance par une multitude d'acteurs, la complicité constitue une caractéristique fondamentale des crimes perpétrés.

[2] While principal perpetrators may be distinguished from secondary actors for sentencing, the distinction is irrelevant for the purposes of art. 1F(a) of the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 (“*Refugee Convention*”). Article 1F(a) excludes individuals from the definition of “refugee” if there are “serious reasons for considering that [they have] committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity”. Those who commit these offences are not entitled to the humanitarian protection provided by the *Refugee Convention*. Where exclusion from refugee status is the only “sanction”, it is not necessary to distinguish between principals, aiders and abettors, or other criminal participants. Individuals may be excluded from refugee protection for international crimes through a variety of modes of commission.

[3] Guilt by association, however, is not one of them.

[4] This appeal homes in on the line between association and complicity. It asks whether senior public officials can be excluded from the definition of “refugee” by performing official duties for a government that commits international crimes. It is the task of this Court to determine what degree of knowledge and participation in a criminal activity justifies excluding secondary actors from refugee protection. In other words, for the purposes of art. 1F(a), when does mere association become culpable complicity?

[5] In contrast to international crime, determining responsibility for domestic crime is often direct. While party liability plays a role, domestic criminal law, in its simplest form, asks whether one individual has committed one crime against one victim. In international criminal law, the focus often switches to the collective and to the links between individuals and collective action. International criminal law typically asks whether a group of individuals, an organization or a state has committed a series of crimes against a group of victims. In other words, party liability plays

[2] Bien que l’on puisse distinguer l’auteur principal de l’auteur secondaire pour la détermination de la peine, la distinction n’est pas pertinente pour l’application de l’art. 1Fa) de la *Convention relative au Statut des Réfugiés* des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6 (« *Convention relative aux réfugiés* »). L’article 1Fa) exclut de la définition de « réfugié » la personne « dont on aura des raisons sérieuses de penser qu’ell[e] [a] commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité ». L’auteur de tels crimes n’a pas droit à la protection humanitaire que prévoit la *Convention relative aux réfugiés*. Lorsque la « sanction » se limite à cette exclusion, il est inutile de distinguer entre la personne qui commet le crime et celle qui l’aide et l’encourage à le commettre ou un autre participant. Différents modes de participation à un crime international peuvent écarter la protection d’une personne à titre de réfugié.

[3] La complicité par association n’est toutefois pas l’un d’eux.

[4] Le présent pourvoi porte sur la distinction entre l’association et la complicité. La question consiste à déterminer si un haut fonctionnaire peut se voir refuser le droit d’asile parce qu’il a exercé ses fonctions pour le compte d’un gouvernement qui s’est livré à des crimes internationaux. Notre Cour doit décider du degré de connaissance d’une activité criminelle et de participation à celle-ci qui justifie le refus à l’acteur secondaire de la protection accordée aux réfugiés. Autrement dit, aux fins de l’art. 1Fa), à quelles conditions la seule association devient-elle complicité coupable?

[5] Contrairement à la responsabilité d’un crime international, celle d’un crime national est souvent imputée de manière directe. La responsabilité du participant joue un rôle mais, aux fins du droit pénal national, on se demande essentiellement si telle personne a commis tel crime contre telle victime. En droit pénal international, on s’attache souvent à l’action collective et aux liens entre des individus et l’action collective. Habituellement, il faut rechercher si un groupe de personnes, une organisation ou un État a commis une série de crimes contre un groupe de victimes. Autrement dit,

a much greater role in the commission of those crimes recognized as some of the most serious in the international legal order: R. Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd ed. 2010), at p. 361.

[6] Aware of the collective aspects of international crime, the Federal Court of Appeal correctly concluded that senior officials *may* be held criminally responsible for crimes committed by their government if they are aware of the crimes being committed yet remain in their position without protest and continue to defend the interests of the government.

[7] However, this does not mean that high-ranking government officials are exposed to a form of complicity by association. Complicity arises by contribution. The collective nature of many international crimes does not erase the importance of holding an individual responsible only for his or her own culpable acts: G. Werle, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute” (2007), 5 *J.I.C.J.* 953, at p. 953.

[8] While individuals may be complicit in international crimes without a link to a *particular crime*, there must be a link between the individuals and the *criminal purpose* of the group — a matter to which we will later return. In the application of art. 1F(a), this link is established where there are serious reasons for considering that an individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a group’s crime or criminal purpose. As we shall see, a broad range of international authorities converge towards the adoption of a “significant contribution test”.

[9] This contribution-based approach to complicity replaces the personal and knowing participation test developed by the Federal Court of Appeal in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306. In our view, the personal and knowing participation test has, in some

la responsabilité du participant joue un bien plus grand rôle dans la perpétration de crimes considérés parmi les plus graves par l’ordre juridique international : R. Cryer et autres, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2<sup>e</sup> éd. 2010), p. 361.

[6] Bien au fait de la dimension collective du crime international, la Cour d’appel fédérale conclut à juste titre qu’un haut fonctionnaire *peut* être tenu criminellement responsable des crimes de son gouvernement lorsqu’il est au courant de leur perpétration et qu’il demeure en poste sans protester et qu’il continue de défendre les intérêts du gouvernement.

[7] Un haut fonctionnaire ne s’expose pas pour autant à la responsabilité pour une quelconque forme de complicité par association. La complicité découle de la contribution. La nature collective de nombreux crimes internationaux ne diminue pas l’importance de ne tenir une personne responsable que des actes répréhensibles qu’elle a commis : G. Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007), 5 *J.I.C.J.* 953, p. 953.

[8] Des individus peuvent être complices de crimes internationaux sans être liés à un *crime en particulier*, mais il doit exister un lien entre ces individus et le *dessein criminel* du groupe, ce sur quoi nous reviendrons. Pour l’application de l’art. 1Fa), ce lien est établi lorsqu’il existe des raisons sérieuses de penser que la personne a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d’un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe. D’ailleurs, nous verrons que se dessine à l’échelle internationale un large mouvement favorable à l’application d’un « critère axé sur la contribution significative ».

[9] Cette notion de complicité axée sur la contribution remplace le critère fondé sur la participation personnelle et consciente retenu par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306. Nous estimons que ce critère

cases, been overextended to capture individuals on the basis of complicity by association. A change to the test is therefore necessary to bring Canadian law in line with international criminal law, the humanitarian purposes of the *Refugee Convention*, and fundamental criminal law principles.

[10] We would therefore allow the appeal and send the matter back to a different panel of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the “Board”) for redetermination in accordance with these reasons. The panel will decide whether there are serious reasons for considering that the appellant’s knowledge of, and participation in, the crimes or criminal purposes of his government meet the complicity by contribution test. As always, whether art. 1F(a) operates to exclude an individual from refugee protection will depend on the particular facts of the case.

#### A. *Background Facts*

[11] The appellant, Rachidi Ekanza Ezokola, began his career with the government of the Democratic Republic of Congo (“DRC”) in January 1999. He was hired as a financial attaché at the Ministry of Finance and was assigned to the Ministry of Labour, Employment and Social Welfare in Kinshasa. He later worked as a financial adviser to the Ministry of Human Rights and the Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation.

[12] In 2004, the appellant was assigned to the Permanent Mission of the DRC to the United Nations (“UN”) in New York. In his role as second counsellor of embassy, the appellant represented the DRC at international meetings and UN entities including the UN Economic and Social Council. He also acted as a liaison between the Permanent Mission of the DRC and UN development agencies. In 2007, the appellant served as acting chargé d’affaires. In this capacity, he led the Permanent Mission of the DRC and spoke before the Security Council regarding natural resources and conflicts in the DRC.

a parfois été indûment assoupli de manière à englober la complicité par association. Il est donc nécessaire de le modifier afin d’harmoniser le droit canadien avec le droit pénal international, les visées humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés* et les principes fondamentaux du droit pénal.

[10] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à une formation différente de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la « Commission ») pour qu’elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs. La nouvelle formation déterminera s’il existe des raisons sérieuses de penser que la connaissance par l’appelant des crimes ou du dessein criminel de son gouvernement, et sa participation à ceux-ci, emportent sa complicité par contribution. Comme toujours, la question de savoir si l’art. 1F(a) a pour effet de rendre un demandeur inadmissible à la protection des réfugiés dépendra des faits particuliers du dossier.

#### A. *Contexte factuel*

[11] En janvier 1999, l’appelant, Rachidi Ekanza Ezokola, entreprenait sa carrière au gouvernement de la République démocratique du Congo (« RDC ») à titre d’attaché financier du ministère des Finances affecté au ministère de l’Emploi, du Travail et de la Prévoyance sociale, à Kinshasa. Il a ensuite été conseiller financier au ministère des Droits humains, puis au ministère des Affaires étrangères et de la Coopération internationale.

[12] En 2004, l’appelant a été affecté à la Mission permanente de la RDC auprès de l’Organisation des Nations Unies (« ONU »), à New York. À titre de deuxième conseiller d’ambassade, il a représenté la RDC à des réunions internationales et auprès d’organismes onusiens, dont le Conseil économique et social. Il a aussi assuré la liaison entre la Mission permanente et les agences de l’ONU chargées des questions de développement. En 2007, il est devenu chargé d’affaires par intérim et, à ce titre, il a dirigé la Mission permanente et prononcé une allocution devant le Conseil de sécurité sur les ressources naturelles de la RDC et les conflits dans son pays.

[13] The appellant worked at the Permanent Mission until January 2008 when he resigned and fled to Canada.

[14] The appellant says he ultimately resigned because he refused to serve the government of President Kabila which he considered to be corrupt, antidemocratic and violent. He claims his resignation would be viewed as an act of treason by the DRC government. He claims that the DRC's intelligence service harassed, intimidated, and threatened him because it suspected he had links to Jean-Pierre Bemba, President Kabila's opponent. It was on this basis that he sought refugee protection for himself, his wife, and their eight children in Canada.

#### B. *Judicial History*

- (1) Immigration and Refugee Board — Refugee Protection Division, 2009 CanLII 89027

[15] The issue for the Board in determining the appellant's application for refugee protection was whether the appellant should be excluded from Canada on the basis of s. 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). This provision directly incorporates art. 1F(a) of the *Refugee Convention* into Canadian law. The Board excluded the appellant from the definition of “refugee” under art. 1F(a). It held that, although the government of the DRC was not an organization with a limited and brutal purpose, it had committed crimes against humanity as defined by the *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998 (“*Rome Statute*”), and Canadian jurisprudence: paras. 31 and 43. The Board concluded that the government's crimes continued even as the government itself changed: para. 33.

[16] The Board relied on various reports — including media, governmental, and non-governmental — to find international crimes were committed on both sides of conflicts spanning

[13] L'appelant a travaillé à la Mission permanente jusqu'à sa démission et sa fuite au Canada en janvier 2008.

[14] Il affirme avoir finalement démissionné parce qu'il refusait de servir le gouvernement du président Kabila qu'il jugeait corrompu, antidémocratique et violent. Selon ses dires, sa démission serait considérée comme un acte de trahison par le gouvernement de la RDC. Il ajoute que le service du renseignement de la RDC l'a harcelé, intimidé et menacé parce qu'il le soupçonnait d'avoir des liens avec Jean-Pierre Bemba, un opposant au président Kabila. Pour ces raisons, il a demandé l'asile au Canada pour lui-même, son épouse et leurs huit enfants.

#### B. *Historique judiciaire*

- (1) Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Section de la protection des réfugiés, 2009 CanLII 89027

[15] La question que devait trancher la Commission pour statuer sur la demande d'asile de l'appelant consistait à savoir si la qualité de réfugié devait être refusée à l'appelant en application de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Cette disposition incorpore directement au droit canadien l'art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*. La Commission a refusé à l'appelant la protection des réfugiés en application de l'art. 1Fa). Elle conclut que même si le gouvernement de la RDC ne constitue pas une organisation animée d'un dessein circonscrit et brutal, il a commis des crimes contre l'humanité au sens du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998 (« *Statut de Rome* ») et de la jurisprudence canadienne : par. 31 et 43. À son avis, des crimes continuaient d'être perpétrés par le gouvernement même lorsque ses dirigeants étaient remplacés : par. 33.

[16] La Commission s'appuie sur divers rapports, dont ceux des médias, ainsi que d'organismes gouvernementaux et non gouvernementaux, pour conclure que des crimes internationaux ont été

several years. For instance, at para. 39, it cited a report by Human Rights Watch, dated January 18, 2006, which condemned the conduct of the DRC government (and others):

In 2005, combatants from armed groups as well as government soldiers deliberately killed, raped, and abducted civilians and destroyed or looted their property in repeated attacks, particularly in eastern Congo. A feeble justice system failed to prosecute these recent crimes and did nothing to end impunity for war crimes and crimes against humanity committed during the previous two wars. The September 2005 discovery of mass graves from 1996 in the eastern region of Rutshuru served as a reminder of the unpunished mass slaughter of civilians in Congo in the last decade.

The government failure to integrate troops of former belligerent groups into the national army and to properly train and pay its soldiers underlay some military abuses. Military abuses such as those that occurred in December 2004 in North Kivu where government soldiers and combatants refusing integration fought and killed at least one hundred civilians, many of them targeted on an ethnic basis, were repeated elsewhere in 2005. In Walungu, South Kivu, government soldiers raped civilians and looted property during operations against the FDLR in late 2004 and early 2005. In Equateur, poorly paid and undisciplined troops went on a rampage in July 2005, killing, raping, and stealing from civilians.

As government soldiers tried to take control of Ituri and parts of North and South Kivu, Maniema and Katanga in late 2004 and 2005, both they and the combatants fighting them committed grave violations of international humanitarian and human rights law.

(*World Report 2006: Events of 2005* (2006), at pp. 90-92)

commis par chacun des camps opposés lors de conflits qui ont duré plusieurs années. Elle cite par exemple au par. 39 le rapport du 18 janvier 2006 dans lequel Human Rights Watch condamne la conduite du gouvernement congolais (et d'autres parties) :

[TRADUCTION] En 2005, les combattants de groupes armés et des soldats gouvernementaux ont délibérément tué, violé et enlevé des civils et détruit ou pillé leurs biens lors d'attaques répétées, surtout dans l'Est du Congo. Un système de justice affaibli a failli à son devoir de poursuivre les auteurs de ces crimes récents et n'a rien fait pour mettre fin à l'impunité de ceux qui ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité au cours des deux dernières guerres. La découverte en septembre 2005, à Rutshuru, dans l'Est du Congo, de fosses communes datant de 1996 a rappelé le massacre de civils congolais les dix années précédentes, un crime demeuré impuni.

L'omission du gouvernement d'intégrer à l'armée nationale les membres d'anciens groupes belligérants et de former et payer ses soldats explique certains abus des militaires. Des abus comme ceux survenus en décembre 2004 dans la province du Nord-Kivu lorsque des soldats gouvernementaux et des combattants qui refusaient l'intégration ont attaqué et tué au moins cent civils, bon nombre d'entre eux l'ayant été à cause de leur appartenance ethnique, se sont produits à nouveau en 2005. À Walungu, dans la province du Sud-Kivu, les soldats gouvernementaux ont violé des civils et pillé leurs biens lors d'opérations menées contre les FDLR à la fin de 2004 et au début de 2005. En juillet 2005, dans la province de l'Équateur, des troupes mal rémunérées et indisciplinées se sont livrées à des saccages et ont tué, violé et volé des civils.

Alors qu'ils tentaient de prendre le contrôle de l'Ituri et d'autres régions du Nord-Kivu et du Sud-Kivu, du Maniema et du Katanga à la fin de 2004 et en 2005, les soldats gouvernementaux, comme ceux qu'ils combattaient, ont commis de graves violations du droit humanitaire et des droits de la personne reconnus à l'échelle internationale.

(*World Report 2006 : Events of 2005* (2006), p. 90-92)

[17] The Board also cited reports condemning the DRC authorities' practice of recruiting child soldiers: paras. 36 and 40.

[18] The Board concluded that "[t]he evidence clearly shows that the Congolese government represses human rights, carries out civilian massacres and engages in governmental corruption": para. 43.

[19] In the Board's view, the appellant was complicit in these crimes. Based on the appellant's official rank, he had "personal and knowing awareness" of the crimes committed by his government: para. 71. The Board pointed out that the appellant had joined the government voluntarily and continued to act in his official capacity until he feared for his own safety. In the Board's view, the appellant's functions and responsibilities helped to sustain the government of the DRC. The Board therefore had serious reasons for considering that the appellant was complicit in the crimes committed by the government.

(2) Federal Court — Mainville J., 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377

[20] The Federal Court allowed the appellant's application for judicial review. The court determined that an individual cannot be excluded under art. 1F(a) merely because he had been an employee of a state whose government commits international crimes. Complicity requires a nexus between the claimant and the crimes committed by the government.

[21] In order to determine whether this link existed, the court considered the modes of commission provided for in the *Rome Statute* and concluded that "criminal responsibility for crimes against humanity requires personal participation in the crime alleged or personal control over the events leading to the crime alleged": para. 86.

[22] In the court's view, the required nexus between the claimant and the crimes "may be established by presumption if the claimant held a senior position in the public service, where

[17] La Commission cite également des rapports qui condamnent le recours des autorités congolaises à des enfants soldats : par. 36 et 40.

[18] Elle conclut que « [l]a preuve révèle clairement que le gouvernement congolais se livre à la répression des droits humains, à des massacres de la population civile ainsi qu'à la corruption gouvernementale » : par. 43.

[19] Selon la Commission, l'appellant a été complice de ces crimes. Compte tenu de ses hautes fonctions, l'appellant détenait une « connaissance personnelle et consciente » des crimes de son gouvernement : par. 71. Elle signale que l'appellant a joint les rangs du gouvernement de façon volontaire et qu'il a continué d'exercer ses fonctions jusqu'à ce qu'il craigne pour sa propre sécurité. À son avis, les fonctions et les attributions de l'appellant ont contribué au maintien du gouvernement congolais. Elle estime donc qu'il existe des raisons sérieuses de penser que l'appellant a été complice des crimes perpétrés par le gouvernement.

(2) Cour fédérale — le juge Mainville, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377

[20] La Cour fédérale accueille la demande de contrôle judiciaire de l'appellant. Elle conclut qu'une personne ne peut être exclue sous le régime de l'art. 1Fa) pour le seul motif qu'elle a été l'employée d'un pays dont le gouvernement commet des crimes internationaux. La complicité exige un lien entre le demandeur et les crimes imputés au gouvernement.

[21] Pour se prononcer sur l'existence d'un tel lien, la cour examine les différentes participations prévues dans le *Statut de Rome* et conclut que « la responsabilité pénale pour les crimes contre l'humanité requiert une participation personnelle au crime reproché ou un contrôle personnel sur les événements menant au crime reproché » : par. 86.

[22] Selon la cour, le lien requis avec les crimes « peut être établi par présomption si le demandeur d'asile occupait un poste hiérarchique élevé dans la fonction publique, dans la mesure où il y a des

there are serious reasons for considering that the position in question made it possible for the refugee claimant to commit, incite or conceal the crimes, or to participate or collaborate in the crimes”: para. 4. However, in this case there was “no evidence that tend[ed] to show direct or indirect personal participation by the applicant in the crimes alleged, and there [was] no evidence of incitement or active support by the applicant for those crimes”: para. 104. It was an error to assign responsibility to the appellant solely on the basis of his position within the government, absent a personal nexus between his role and the army or police of the DRC.

[23] The court certified the following question:

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

(2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, at para. 28)

(3) Federal Court of Appeal — Noël J.A. (Nadon and Pelletier JJ.A.)

[24] The Federal Court of Appeal answered the certified question in the affirmative, but not before reformulating it as follows:

For the purposes of exclusion pursuant to paragraph 1F(a) of the United Nations Refugee Convention, can complicity by association in crimes against humanity be established by the fact that the refugee claimant was a senior public servant in a government that committed such crimes, along with the fact that the refugee claimant was aware of these crimes and remained in his position without denouncing them? [para. 44]

raisons sérieuses de penser que le poste en question permettait au demandeur d’asile d’exécuter, d’encourager ou de dissimuler ces crimes, ou permettait au demandeur d’asile de concourir ou de collaborer à ces crimes » : par. 4. Or, elle estime qu’il n’existe en l’espèce « aucun élément de preuve tendant à démontrer une participation personnelle directe ou indirecte du demandeur dans les crimes reprochés, et [qu’]il y a absence de toute preuve d’encouragement ou de soutien actif du demandeur à l’égard de ces crimes » : par. 104. La Commission a eu tort, selon elle, de conclure à la responsabilité de l’appelant sur le seul fondement du poste occupé au sein du gouvernement malgré l’absence de lien personnel entre ce poste et l’armée ou la police de la RDC.

[23] La cour certifie la question suivante :

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

(2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, par. 28)

(3) Cour d’appel fédérale — le juge Noël (les juges Nadon et Pelletier)

[24] La Cour d’appel fédérale répond par l’affirmative à la question certifiée, qu’elle reformule ainsi :

Aux fins de l’exclusion prévue au paragraphe 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, peut-il y avoir complicité par association à des crimes contre l’humanité du fait qu’un demandeur d’asile occupait un poste de haut fonctionnaire auprès d’un gouvernement qui a commis de tels crimes, joint au fait que le demandeur d’asile avait connaissance de ces crimes et est demeuré en poste sans les dénoncer? [par. 44]

[25] The Federal Court of Appeal rejected the Federal Court's approach to complicity, describing it as inconsistent with Canadian jurisprudence and too narrow: paras. 46 and 57. The Federal Court of Appeal concluded that

a senior official may, by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes committed by this government demonstrate "personal and knowing participation" in these crimes and be complicit with the government in their commission. [para. 72]

[26] The court added that "the final outcome will always depend on the facts particular to each case": para. 72.

[27] The Federal Court of Appeal decided it was unnecessary to determine whether the conclusion of the Board was reasonable because it had applied the wrong test for complicity. Instead of applying the "personal and knowing participation" test, the Board considered the appellant's "personal and knowing awareness": para. 75. The Federal Court of Appeal therefore remitted the matter to a different panel of the Board to apply the personal and knowing participation test to determine whether the appellant was an accomplice in the crimes committed by the DRC.

## II. Analysis

### A. *Issues*

[28] Whether or not the appellant should ultimately be excluded from refugee protection for having committed international crimes will be determined by the Board at a *de novo* hearing. The task for this Court is to determine what test for complicity will be applied by the art. 1F(a) decision maker. To answer this question, the Court must also address the evidentiary standard applicable to art. 1F(a) determinations.

[25] Elle rejette la notion de complicité retenue par la Cour fédérale qu'elle juge contraire à la jurisprudence canadienne et trop restrictive : par. 46 et 57. Elle conclut :

... un haut [fonctionnaire], en demeurant en poste sans protesté et en continuant à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu'il a connaissance des crimes commis par ce gouvernement, peut démontrer sa « participation personnelle et consciente » à ces crimes et se rendre complice de son gouvernement dans leur commission. [par. 72]

[26] Elle ajoute que « la réponse ultime est toujours fonction des faits particuliers de chaque affaire » : par. 72.

[27] La Cour d'appel fédérale statue qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si la conclusion de la Commission était raisonnable ou non puisque cette dernière n'a pas appliqué le bon critère en matière de complicité. Au lieu de s'attacher à la « participation personnelle et consciente » de l'appellant, la Commission s'est penchée sur la « connaissance personnelle et consciente » de ce dernier : par. 75. La Cour d'appel fédérale renvoie donc l'affaire à une formation différente de la Commission afin qu'elle rende une nouvelle décision sur la complicité de l'appellant dans des crimes commis par la RDC, et ce, en appliquant le critère de la participation personnelle et consciente.

## II. Analyse

### A. *Questions en litige*

[28] Il appartiendra à la Commission de déterminer à l'issue d'une audience *de novo* si la protection des réfugiés doit être refusée à l'appellant parce qu'il s'est rendu coupable de crimes internationaux. La Cour doit donc arrêter le critère à appliquer pour décider s'il y a eu complicité ou non. Pour ce faire, elle doit également se pencher sur la norme de preuve que commande l'application de l'art. 1F(a).

[29] For the reasons that follow, we conclude that an individual will be excluded from refugee protection under art. 1F(a) for complicity in international crimes if there are serious reasons for considering that he or she voluntarily made a knowing and significant contribution to the crime or criminal purpose of the group alleged to have committed the crime. The evidentiary burden falls on the Minister as the party seeking the applicant's exclusion: *Ramirez*, at p. 314.

[30] In rejecting a guilt-by-association approach to complicity, we have considered (i) the purpose of the *Refugee Convention* and art. 1F(a); (ii) the role of the Board; (iii) the international law to which art. 1F(a) expressly refers; and (iv) the approach to complicity under art. 1F(a) taken by other state parties to the *Refugee Convention*. Each of these demonstrates the need to rein in the Canadian approach to complicity under art. 1F(a) to ensure that individuals are not excluded from refugee protection for merely being associated with others who have perpetrated international crimes.

B. *The Purpose of the Refugee Convention and Article 1F(a)*

[31] In our view, the purpose of the *Refugee Convention*, together with the purpose of art. 1F(a), sheds light on the proper approach for determining exclusions from refugee protection based on complicity in international crimes: *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

[32] The preamble to the *Refugee Convention* highlights the international community's "profound concern for refugees" and its commitment "to assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms". Our approach to art. 1F(a) must reflect this "overarching and clear human rights object and purpose": *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 57.

[29] Pour les motifs qui suivent, nous concluons qu'une personne est inadmissible à la protection des réfugiés suivant l'art. 1Fa) pour cause de complicité dans la perpétration de crimes internationaux lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle a volontairement apporté une contribution consciente et significative aux crimes ou au dessein criminel du groupe qui les aurait commis. Le fardeau de preuve incombe à la partie qui requiert l'exclusion, à savoir le Ministre : *Ramirez*, p. 314.

[30] Pour écarter la notion de complicité par association, nous avons examiné (i) l'objet de la *Convention relative aux réfugiés* et de son art. 1Fa), (ii) le rôle de la Commission, (iii) le droit international auquel renvoie expressément l'art. 1Fa) et (iv) le critère de complicité retenu par d'autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés* pour l'application de son art. 1Fa). Ces éléments établissent tous la nécessité de resserrer la notion de complicité au Canada pour les besoins de l'art. 1Fa) afin qu'une personne ne se voie pas refuser la protection des réfugiés pour le seul motif qu'elle est associée à l'auteur de crimes internationaux.

B. *L'objet de la Convention relative aux réfugiés et de son art. 1Fa)*

[31] À notre avis, l'objet de la *Convention relative aux réfugiés*, de même que celui de son art. 1Fa), permettent de mieux cerner l'interprétation qui convient aux fins de déterminer s'il y a exclusion de la protection des réfugiés pour cause de complicité dans la perpétration d'un crime international : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.

[32] Le préambule de la *Convention relative aux réfugiés* souligne la « profonde sollicitude que [la communauté internationale] éprouve pour les réfugiés » et son souci « d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'interprétation de l'art. 1Fa) doit tenir compte de « [c]es objets et [de] ces buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne » : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 57.

[33] That said, the *Refugee Convention's* commitment to refugee protection is broad, but not unbounded. It does not protect international criminals. Incorporated directly into Canadian law by s. 98 of the *IRPA*, art. 1F(a) guards against abuses of the *Refugee Convention* by denying refugee protection

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;

[34] As the Federal Court of Appeal recognized in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433, at p. 445: “When the tables are turned on persecutors, who suddenly become the persecuted, they cannot claim refugee status. International criminals, on all sides of the conflicts, are rightly unable to claim refugee status.” In other words, those who create refugees are not refugees themselves: *Pushpanathan*, at para. 63; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, at para. 118.

[35] On the one hand then, if we approach art. 1F(a) too narrowly, we risk creating safe havens for perpetrators of international crimes — the very scenario the exclusion clause was designed to prevent. On the other hand, a strict reading of art. 1F(a) arguably best promotes the humanitarian aim of the *Refugee Convention*: United Nations High Commissioner for Refugees (“UNHCR”), “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online), at para. 2.

[36] The foregoing demonstrates the need for a carefully crafted test for complicity — one that promotes the broad humanitarian goals of the

[33] Cela dit, si grande que soit la portée de l'obligation de protéger les réfugiés qui découle de la *Convention relative aux réfugiés*, elle connaît des limites. En particulier, celle-ci ne protège pas l'auteur d'un crime international. Incorporée directement au droit canadien en vertu de l'art. 98 de la *LIPR*, l'art. 1Fa) vise à empêcher le recours abusif à la *Convention relative aux réfugiés* et refuse la protection qui y est prévue :

. . . 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;

[34] Comme le reconnaît la Cour d'appel fédérale dans *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433, p. 445, « [L]orsque par un juste retour des choses, les persécuteurs deviennent les persécutés, ils ne pourront pas revendiquer le statut de réfugié. Les criminels internationaux, de quelque côté qu'ils se trouvent dans les conflits, sont ainsi privés à juste titre du statut de réfugié. » Autrement dit, ceux qui sont à l'origine de l'existence de réfugiés ne peuvent eux-mêmes être des réfugiés : *Pushpanathan*, par. 63; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, par. 118.

[35] D'une part, une interprétation trop stricte de l'art. 1Fa) risque de transformer le pays en refuge pour les auteurs de crimes internationaux, ce que la disposition portant exclusion vise à empêcher. Par contre, une interprétation stricte peut être considérée comme étant plus respectueuse de l'objectif humanitaire de la *Convention relative aux réfugiés* : Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (« HCR »), « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne), par. 2.

[36] Au vu de ce qui précède, il faut donc retenir un critère de complicité soigneusement conçu, un critère qui promeut les grands objectifs humanitaires de la

*Refugee Convention* but also protects the integrity of international refugee protection by ensuring that the authors of crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity do not exploit the system to their own advantage. As we will explain, these two aims are properly balanced by a contribution-based test for complicity — one that requires a voluntary, knowing, and significant contribution to the crime or criminal purpose of a group.

C. *The Role of the Refugee Protection Division: Exclusion Determinations, Not Findings of Guilt*

[37] In addition to the purposes of the *Refugee Convention* and art. 1F(a), the test for complicity must reflect the role of the Board and must work within the practical realities of refugee proceedings.

[38] A refugee hearing is not a criminal trial before an international tribunal. International criminal tribunals render verdicts for some of the most serious crimes in the international legal order. In contrast, the Board makes exclusion determinations; it does not determine guilt or innocence. The purpose of art. 1F(a) “is to exclude *ab initio* those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status”: *Pushpanathan*, at para. 58.

[39] To achieve this purpose, Board hearings tend to be less formal than criminal trials. The Board is not bound by traditional rules of evidence: *IRPA*, at s. 170(g) and (h); *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, at para. 41; *Kumar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 643 (CanLII), at paras. 28-29. Section 162(2) of the *IRPA* instructs each division of the Board to “deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit”.

*Convention relative aux réfugiés*, mais qui protège aussi l’intégrité de la protection internationale accordée aux réfugiés en empêchant l’auteur d’un crime contre la paix, d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité de tirer avantage du régime de protection. Comme nous l’expliquons plus loin, un critère axé sur la contribution établit un juste équilibre entre ces deux objectifs — un critère qui requiert une contribution à la fois volontaire, consciente et significative au crime ou au dessein criminel d’un groupe.

C. *Le rôle de la Section de la protection des réfugiés : se prononcer sur l’exclusion et non sur la culpabilité*

[37] Outre les objectifs de la *Convention relative aux réfugiés* et de l’art. 1Fa), le critère relatif à la complicité doit tenir compte du rôle de la Commission et de la procédure concrète d’examen d’une demande d’asile.

[38] L’audition d’une telle demande ne saurait être confondue avec un procès criminel devant un tribunal international. Les tribunaux pénaux internationaux rendent des décisions relativement à certains des crimes les plus graves pour l’ordre juridique international. En revanche, la Commission se prononce sur le droit d’asile; elle ne conclut ni à la culpabilité du demandeur, ni à son innocence. L’objet de l’art. 1Fa) « est plutôt d’exclure *ab initio* ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques au moment de la présentation de leur revendication » : *Pushpanathan*, par. 58.

[39] C’est pourquoi l’audience de la Commission est généralement moins formelle que celle d’une cour pénale. La Commission n’est pas tenue de suivre les règles de preuve habituelles : *LIPR*, al. 170g) et h); *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385, par. 41; *Kumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 643 (CanLII), par. 28-29. Le paragraphe 162(2) de la *LIPR* prévoit que chacune des sections de la Commission « fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ».

[40] As we will discuss in more detail below, the differences between a criminal trial and a Board hearing are further reflected in — and accommodated by — the unique evidentiary burden applicable to art. 1F(a) determinations: a person is excluded from the definition of “refugee” on the basis of the “serious reasons for considering” standard.

[41] In light of these features of refugee proceedings, it is unnecessary to craft a multitude of tests for each mode of commission through which a government official may be held complicit in the crimes committed by his or her government. Unique considerations may arise in cases where the individual is said to have control or responsibility over the alleged perpetrators, or where the individual allegedly made specific contributions to a specific crime (in the form of instigating, ordering, or inciting, for example). However, here we are concerned with general participation in a group’s criminal activity. We must determine when that participation becomes a culpable contribution.

D. *The Board Must Rely on International Law to Interpret Article 1F(a)*

[42] Following the express direction in the text of art. 1F(a), we now turn to international law for guidance. As mentioned, art. 1F(a) excludes individuals when “there are serious reasons for considering that” they have “committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments”. We must therefore consider international criminal law to determine whether an individual should be excluded from refugee protection for complicity in international crimes: *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 39, 302 N.R. 178, at para. 8. We will also look to international jurisprudence for guidance: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paras. 82 and 126.

[40] De plus, les différences entre un procès criminel et une instance devant la Commission se traduisent et sont prises en compte par le fardeau de preuve particulier qui incombe à la Commission lorsqu’elle est appelée à rendre une décision fondée sur l’art. 1Fa) : elle peut alors refuser le droit d’asile à partir de « raisons sérieuses de penser ». Nous y reviendrons plus en détail.

[41] Compte tenu de ces caractéristiques de la demande visant l’obtention du statut de réfugié, il est inutile de prévoir des critères pour chacune des circonstances dans lesquelles un fonctionnaire peut être reconnu coupable de complicité dans la perpétration des crimes imputés à son gouvernement. Des considérations particulières peuvent être soulevées lorsqu’une personne aurait exercé un contrôle sur l’auteur présumé d’un crime ou qu’elle aurait apporté une contribution précise à un crime précis (par exemple, en l’instiguant, en ordonnant sa perpétration ou en incitant quelqu’un à le commettre). Or, en l’espèce, nous sommes appelés à nous prononcer sur la participation générale à l’activité criminelle d’un groupe. Il nous faut donc arrêter les conditions auxquelles cette participation devient une contribution coupable.

D. *La Commission doit interpréter l’art. 1Fa) en s’appuyant sur le droit international*

[42] Comme le veut expressément l’art. 1Fa), nous examinons maintenant les instruments internationaux. Rappelons que la disposition rend inadmissibles au régime de protection des réfugiés les personnes « dont on [a] des raisons sérieuses de penser » qu’elles « ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux ». Nous devons donc tenir compte du droit pénal international pour déterminer s’il convient ou non de refuser le droit d’asile à une personne pour cause de complicité dans la perpétration de crimes internationaux : *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 39, 302 N.R. 178, par. 8. Nous examinerons également la jurisprudence internationale : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 82 et 126.

[43] In our view, international law is relevant both for the elements of the offences and their potential modes of commission. As the appellant stated, art. 1F(a) is not concerned with simply identifying the substantive elements of the offence, but with whether there are serious reasons for considering that the individual has *committed* a crime as defined in international law. Since there is no dispute in this appeal that the elements of the crimes have been carried out by the government of the DRC, we are concerned here with modes of commission.

[44] Whether an individual is complicit in an international crime cannot be considered in light of only one of the world's legal systems: *Ramirez*, at p. 315; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at p. 323. This flows not only from the explicit instruction in art. 1F(a) to apply international law, but also from the extraordinary nature of international crimes. They simply transcend domestic norms. As Fannie Lafontaine explains in *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts* (2012), at p. 95:

Genocide, crimes against humanity and war crimes, because of their very *raison d'être*, their particular magnitude and the context of their commission, cannot be assimilated to ordinary crimes, regardless of the latter crimes' intrinsic gravity.

[45] International criminal law, while built upon domestic principles, has adapted the concept of individual responsibility to this setting of collective and large-scale criminality, where crimes are often committed indirectly and at a distance. As Gerhard Werle puts it, at p. 954:

When allocating individual responsibility within networks of collective action, it must be kept in mind that the degree of criminal responsibility does not diminish as distance from the actual act increases; in fact, it often grows. Adolf Hitler, for example, sent millions of people to their deaths without ever laying a hand on a victim himself. And mass killer Adolf Eichmann organized the extermination of European Jews from his office in the

[43] À notre sens, le droit international s'applique tant aux éléments de l'infraction qu'aux différents modes de perpétration de celle-ci. Comme le dit l'appelant, l'art. 1Fa) s'attache non seulement à la présence des éléments constitutifs de l'infraction, mais aussi à l'existence de raisons sérieuses de penser que la personne *a commis* un crime prévu en droit international. Comme nul ne conteste en l'espèce que les éléments des crimes sont imputables au gouvernement de la RDC, nous nous en tenons aux modes de perpétration.

[44] La question de savoir si une personne s'est rendue complice d'un crime international ne peut être étudiée à la lumière d'un seul des systèmes juridiques du monde : *Ramirez*, p. 315; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), p. 323. Il en est ainsi à cause non seulement du texte explicite de l'art. 1Fa) portant application du droit international, mais aussi de la nature extraordinaire des crimes internationaux, lesquels transcendent tout simplement les normes nationales. Comme l'explique Fannie Lafontaine dans *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canadian Courts* (2012), p. 95 :

[TRADUCTION] Vu leur raison d'être même, leur ampleur particulière et le contexte de leur perpétration, le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre ne peuvent être considérés comme des crimes ordinaires, peu importe la gravité intrinsèque de ces derniers.

[45] Même s'il repose sur des principes nationaux, le droit pénal international a adapté le concept de responsabilité individuelle au contexte de la criminalité collective et à grande échelle, où le crime se commet souvent de manière indirecte et à distance. Comme l'explique Gerhard Werle, à la p. 954 :

[TRADUCTION] Au moment de déterminer la responsabilité individuelle des membres de réseaux d'action collective, il faut garder à l'esprit que le degré de responsabilité criminelle ne diminue pas à mesure qu'augmente la distance entre l'auteur et l'acte perpétré; en fait, souvent il s'accroît. Adolf Hitler, par exemple, a causé la mort de millions de personnes sans jamais toucher une victime. De plus, l'auteur d'assassinats

Berlin headquarters of the “Reichssicherheitshauptamt” of the SS.

[46] We are therefore required by both the text of art. 1F(a) and the realities of international crime to look beyond the bounds of Canadian criminal law. We must refrain from interpreting and applying international criminal law as if it were simply the mirror of our domestic criminal law: *Cassese’s International Criminal Law* (3rd ed. 2013), revised by A. Cassese et al., at pp. 6-7.

[47] The question is — what are the relevant sources of international criminal law?

[48] In our view, the best place to start is the *Rome Statute*. As Lord Brown of Eaton-under-Heywood J.S.C. recognized in *R. (J.S. (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184 (“J.S.”), at para. 9:

It is convenient to go at once to the [Rome] Statute, ratified as it now is by more than 100 states and standing as now surely it does as the most comprehensive and authoritative statement of international thinking on the principles that govern liability for the most serious international crimes (which alone could justify the denial of asylum to those otherwise in need of it).

[49] Canada’s acceptance of the *Rome Statute* as authority on international criminal principles is beyond dispute. Canada is not only party to the *Rome Statute*, Parliament has implemented the treaty into domestic law through the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.

[50] Article 25 of the *Rome Statute* provides extensive descriptions of modes of commission. These enumerated modes of liability have been described as the culmination of the international community’s efforts to codify individual criminal responsibility under international law: A. Cassese, “From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court”, in

collectifs Adolf Eichmann a organisé l’extermination des Juifs européens à partir de son bureau au siège du « *Reichssicherheitshauptamt* » de la SS, à Berlin.

[46] Le libellé de l’art. 1Fa) et la réalité de la criminalité internationale nous obligent donc à faire porter notre regard par-delà le droit pénal canadien. Nous devons nous garder d’interpréter et d’appliquer le droit pénal international comme s’il correspondait en tous points à notre droit pénal national : *Cassese’s International Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 2013), révisé par A. Cassese et autres, p. 6-7.

[47] Quelles sont alors les sources pertinentes du droit pénal international?

[48] À notre avis, le meilleur point de départ pour cette étude se trouve dans le *Statut de Rome*. Comme le reconnaît le lord juge Brown de Eaton-under-Heywood dans *R. (J.S. (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2011] 1 A.C. 184 (« J.S. »), par. 9 :

[TRADUCTION] Il convient de s’en remettre d’emblée au Statut de [Rome] désormais ratifié par plus de 100 pays et qui constitue assurément de nos jours l’énoncé le plus complet et faisant le plus autorité de la pensée internationale relative aux principes qui régissent la responsabilité en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves (qui seuls peuvent justifier le refus d’asile au demandeur qui constitue par ailleurs une personne à protéger).

[49] Il ne fait aucun doute que, pour le Canada, le *Statut de Rome* fait autorité quant aux principes applicables en droit pénal international. Non seulement notre pays en est-il signataire, mais il l’a incorporé au droit canadien par l’adoption de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24.

[50] L’article 25 du *Statut de Rome* donne le détail des modes de perpétration possibles. On dit de ces différents moyens d’engager sa responsabilité pénale qu’ils sont l’aboutissement des efforts de la communauté internationale pour codifier la responsabilité pénale individuelle en droit international : A. Cassese, « From Nuremberg to Rome : International Military Tribunals to the

A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (2002), 3, at pp. 3-4; and E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (2012), at pp. 74-75.

[51] That said, we may not rely exclusively on the approach of the International Criminal Court (“ICC”) to complicity. Despite its importance, the *Rome Statute* cannot be considered as a complete codification of international criminal law. International criminal law derives from a diversity of sources which include the growing body of jurisprudence of international criminal courts: *Cassese’s International Criminal Law*, at pp. 9-21. Article 1F(a) of the *Refugee Convention* refers generally to international instruments and the ICC itself has relied on the jurisprudence of *ad hoc* tribunals to interpret its own statute: *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of Charges, 16 December 2011 (ICC, Pre-Trial Chamber I), at para. 280. See also B. Goy, “Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals” (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1, at p. 4. In *Mugesera*, at paras. 82 and 126, this Court highlighted the international law expertise of the *ad hoc* tribunals and explained that the decisions of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (“ICTY”) and the International Criminal Tribunal for Rwanda “should not be disregarded lightly by Canadian courts applying domestic legislative provisions . . . which expressly incorporate customary international law”: para. 126. Accordingly, while our focus will remain on the most recent codification of international criminal law in the *Rome Statute*, we will also consider other sources, more particularly the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals.

[52] As explained above, we are concerned here with the dividing line between mere association and culpable complicity. While further distinctions between modes of commission may be important

International Criminal Court », dans A. Cassese, P. Gaeta et J. R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. I (2002), 3, p. 3-4; E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (2012), p. 74-75.

[51] Cela dit, nous ne pouvons nous appuyer seulement sur la manière dont la Cour pénale internationale (« CPI ») interprète la notion de complicité. Malgré son importance, le *Statut de Rome* ne peut être considéré comme une codification complète du droit pénal international. Celui-ci découle de sources diverses (par exemple, la jurisprudence de plus en plus abondante des cours pénales internationales) : *Cassese’s International Criminal Law*, p. 9-21. De son côté, l’art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés* renvoie de manière générale aux instruments internationaux, et la CPI se fonde elle-même sur la jurisprudence de tribunaux *ad hoc* pour interpréter sa propre loi : *Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011 (CPI, Chambre préliminaire I), par. 280. Voir aussi B. Goy, « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court : A Comparison with the *Ad Hoc* Tribunals » (2012), 12 *Int’l. Crim. L. Rev.* 1, p. 4. Dans *Mugesera*, par. 82 et 126, notre Cour souligne l’expertise des tribunaux *ad hoc* en matière de droit international et explique que « les cours de justice canadiennes appliquant des dispositions de droit interne [ . . . ] qui incorporent expressément le droit international coutumier, ne devraient pas [ . . . ] écarter [les décisions du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (« TPIY ») et du Tribunal pénal international pour le Rwanda] à la légère » : par. 126. Par conséquent, même si notre analyse s’appuie surtout sur la plus récente codification du droit pénal international que constitue le *Statut de Rome*, nous tenons compte également d’autres sources, notamment la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

[52] Rappelons aussi que le présent pourvoi intéresse la distinction entre la simple association et la complicité coupable. Si d’autres distinctions entre les modes de commission peuvent importer

for sentencing purposes, exclusion from refugee protection applies when there are serious reasons for considering that an individual has committed an international crime, whatever the mode of commission happens to be. Our task then is to identify threshold criteria for the application of the exclusionary clause, art. 1F(a) of the *Refugee Convention*. Accordingly, the broadest modes of commission recognized under current international criminal law are most relevant to our complicity analysis, namely, common purpose liability under art. 25(3)(d) of the *Rome Statute* and joint criminal enterprise developed in the *ad hoc* jurisprudence.

[53] These two related modes have adapted the concept of individual criminal responsibility to the collective aspects of international crime. However, as the following analysis will show, individual criminal responsibility has not been stretched so far as to capture complicity by mere association or passive acquiescence. In other words, when we look to international criminal law for guidance, even the broadest modes of commission require a link between the individual and the crime or criminal purpose of a group. Therefore, to the extent that the Federal Court of Appeal's reasons expand complicity under art. 1F(a) in such a way that it includes mere complicity by association or passive acquiescence, they should not be followed. We shall return below, in greater detail, to this issue.

E. *Common Purpose Under Article 25(3)(d) of the Rome Statute*

[54] Article 25(3)(d) of the *Rome Statute* recognizes a broad residual mode of commission by capturing conduct that “[i]n any other way contributes” to a crime committed or attempted by a group acting with a common purpose:

3. . . . a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

. . . .

aux fins de la détermination de la peine, la disposition qui a pour effet d'écartier la protection accordée aux réfugiés ne s'applique que lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile a commis un crime international, indépendamment du mode de commission. Il nous faut dès lors établir le seuil d'exclusion applicable suivant l'art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*. Notre examen de la complicité doit donc tenir compte des modes de commission les plus généraux que reconnaît actuellement le droit pénal international, à savoir le fait d'agir de concert dans un dessein commun suivant l'art. 25(3)d) du *Statut de Rome* et l'entreprise criminelle conjointe, notion issue de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*.

[53] Pour ces deux modes connexes, la notion de responsabilité pénale individuelle a été adaptée à la dimension collective du crime international. Cependant, comme le montre l'analyse qui suit, elle n'a pas été étendue au point d'englober la complicité par simple association ou l'acquiescement passif. En d'autres mots, lorsque nous nous reportons au droit pénal international, nous constatons que même pour les modes de perpétration les plus généraux, il doit exister un lien entre la personne et le crime ou le dessein criminel d'un groupe. Ainsi, dans la mesure où, aux fins de l'art. 1Fa), l'arrêt de la Cour d'appel fédérale élargit la notion de complicité de manière à englober la simple complicité par association ou l'acquiescement passif, il ne doit pas être suivi. Nous y reviendrons plus en détail.

E. *Dessein commun aux fins de l'art. 25(3)d) du Statut de Rome*

[54] L'article 25(3)d) du *Statut de Rome* établit un mode de commission résiduel général, à savoir « contribue[r] de toute autre manière » à la commission d'un crime (ou à la tentative de commission) par un groupe de personnes agissant de concert dans un dessein commun :

3. . . . une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

. . . .

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:</p> <p>(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or</p> <p>(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;</p> | <p>d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :</p> <p>i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ou</p> <p>ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime;</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

See *Cassese's International Criminal Law*, at pp. 175-76.

Voir *Cassese's International Criminal Law*, p. 175-176.

[55] In other words, art. 25(3)(d) captures contributions to a crime where an individual did not have control over the crime and did not make an *essential* contribution as required for co-perpetration under art. 25(3)(a), did not incite, solicit or induce the crime under art. 25(3)(b), or did not intend to aid or abet a certain specific crime under art. 25(3)(c): *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012 (ICC, Trial Chamber I), at para. 999; *Prosecutor v. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, Decision on the Confirmation of Charges, 23 January 2012 (ICC, Pre-Trial Chamber II), at para. 354; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, Judgment on the Prosecutor's Appeal against the Decision on the Confirmation of Charges, 30 May 2012 (ICC, Appeals Chamber), at para. 8, *per* Judge Fernández de Gurmendi, concurring; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007 (ICC, Pre-Trial Chamber I), at para. 337; and Lafontaine, at pp. 237-38.

[55] En d'autres termes, l'art. 25(3)d cible la contribution à la commission d'un crime d'une personne qui n'avait pas de pouvoir sur l'exécution du crime et qui n'a pas fait de contribution *essentielle* comme l'exige la notion de coaction à l'art. 25(3)a), qui n'a pas incité, sollicité ou encouragé la commission du crime au sens de l'art. 25(3)b) ou qui n'avait pas l'intention de faciliter la commission du crime ou d'apporter son aide à sa commission selon l'art. 25(3)c) : *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012 (CPI, Chambre de première instance I), par. 999; *Prosecutor c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11-373, décision sur la confirmation des charges, 23 janvier 2012 (CPI, Chambre préliminaire II), par. 354; *Prosecutor c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, jugement sur l'appel du Procureur contre la décision sur les charges, 30 mai 2012 (CPI, Chambre d'appel), par. 8, avec l'accord de la juge Fernández de Gurmendi; *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 (CPI, Chambre préliminaire I), par. 337; Lafontaine, p. 237-238.

[56] The *actus reus* under para. (d) is distinguishable from the preceding paragraphs under art. 25(3) primarily by the magnitude of contribution required. While the jurisprudence is not completely

[56] C'est surtout le degré de contribution exigé qui distingue l'*actus reus* correspondant à l'al. d) de celui que prévoient les alinéas précédents du par. 25(3). La jurisprudence n'est pas définitivement

settled, a pre-trial chamber of the ICC has said that the level of contribution required by art. 25(3)(d) is lower than the forms of commission under paras. (a) to (c). Where commission under para. (a) requires an essential contribution, and para. (c) a substantial one, Pre-Trial Chamber I has concluded that art. 25(3)(d) requires only a significant contribution: *Mbarushimana*, at paras. 279-85.

[57] While the phrase “any other way” captures every imaginable contribution in a qualitative sense, it does not necessarily apply as broadly in a quantitative sense. Not every contribution, no matter how minor, will be caught by art. 25(3)(d). Setting the threshold at significant contribution is critical. As Pre-Trial Chamber I of the ICC said in *Mbarushimana*, at para. 277:

. . . such a threshold is necessary to exclude contributions which, because of their level or nature, were clearly not intended by the drafters of the Statute to give rise to individual criminal responsibility. For instance, many members of a community may provide contributions to a criminal organisation in the knowledge of the group’s criminality, especially where such criminality is public knowledge. Without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed.

[58] The pre-trial chamber went on to explain that the significance of a contribution will depend on the facts of each case, “as it is only by examining a person’s conduct in proper context that a determination can be made as to whether a given contribution has a larger or smaller effect on the crimes committed”: *Mbarushimana*, at para. 284. On an appeal by the Prosecutor, the majority of the Appeals Chamber declined to determine the degree of contribution required under art. 25(3)(d): paras. 65-69.

établie, mais une chambre préliminaire de la CPI a affirmé que le degré de contribution exigé aux fins de l’art. 25(3)d) est moindre que celui requis pour l’application des al. a) à c). Alors que l’al. a) exige une contribution essentielle, et l’al. c) une contribution substantielle, la Chambre préliminaire I conclut que l’art. 25(3)d) requiert seulement une contribution significative : *Mbarushimana*, par. 279-285.

[57] L’expression « de toute autre manière » englobe toute contribution imaginable du point de vue qualitatif, mais sa portée n’est pas nécessairement aussi grande sur le plan quantitatif. Toute contribution, aussi minime soit-elle, ne tombe pas sous le coup de l’art. 25(3)d). Il est crucial que le seuil fixé soit celui de la contribution significative. Comme le note la Chambre préliminaire I de la CPI dans *Mbarushimana*, par. 277 :

. . . un tel seuil est nécessaire pour exclure des contributions qui, dans l’esprit des auteurs du Statut, n’étaient clairement pas d’un degré ou d’une nature suffisants pour déclarer engagée la responsabilité pénale individuelle. Par exemple, de nombreux membres d’une communauté peuvent apporter des contributions à une organisation criminelle en ayant connaissance de la criminalité du groupe, surtout lorsque cette criminalité est de notoriété publique. Si on ne fixe pas de seuil au degré d’assistance, tout propriétaire, commerçant, prestataire de services (y compris publics), secrétaire, gardien ou même contribuable apportant une quelconque contribution à la commission de crimes internationaux par un groupe répondrait aux éléments requis pour voir sa responsabilité engagée en vertu de l’article 25-3-d, à raison d’une contribution infinitésimale aux crimes commis.

[58] La Chambre préliminaire I explique ensuite que l’importance de la contribution dépend des faits de l’espèce, « puisque ce n’est qu’en examinant le comportement d’une personne dans son contexte qu’on peut déterminer dans quelle mesure une contribution a eu un effet plus ou moins grand sur les crimes commis » : *Mbarushimana*, par. 284. Par ailleurs, sur appel interjeté par le Procureur, la Chambre d’appel refuse à la majorité de préciser le degré de contribution requis à l’art. 25(3)d) : par. 65-69.

[59] As for the *mens rea* requirement, the text of art. 25(3)(d) states that a contribution must be intentional, “made with the aim of furthering the criminal activity or purpose of the group” or “in the knowledge of the intention of the group to commit the crime”. The Pre-Trial Chamber I explained in *Mbarushimana*, at para. 289, that individuals may be complicit in crimes without possessing the *mens rea* required by the crime itself:

Differently from aiding and abetting under article 25(3)(c) of the Statute, for which intent is always required, knowledge is sufficient to incur liability for contributing to a group of persons acting with a common purpose, under article 25(3)(d) of the Statute. Since knowledge of the group’s criminal intentions is sufficient for criminal responsibility, it is therefore not required for the contributor to have the intent to commit any specific crime and not necessary for him or her to satisfy the mental element of the crimes charged.

[60] While the subjective element under art. 25(3)(d) can take the form of intent (accused intends to contribute to a group’s criminal purpose) or knowledge (accused is aware of the group’s intention to commit crimes), recklessness is likely insufficient. The text of art. 25(3)(d) itself does not refer to conduct that *might* contribute to a crime or criminal purpose, and the mental element codified by art. 30 has been held to exclude *dolus eventualis*, that is, the awareness of a mere risk of prohibited consequences: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the *Rome Statute*, 15 June 2009 (ICC, Pre-Trial Chamber II), at para. 360. We note that Pre-Trial Chamber I took a different view of art. 30 in *Lubanga*, at paras. 351-55.

[61] As the foregoing demonstrates, complicity under art. 25(3)(d) is not based on rank within or association with a group, but on intentionally or knowingly contributing to a group’s crime or criminal purpose.

[59] S’agissant de la *mens rea* requise, il ressort de l’art. 25(3)d) que la contribution doit être intentionnelle, qu’elle doit « [v]iser à faciliter l’activité criminelle ou le dessein criminel du groupe » ou « [ê]tre faite en pleine connaissance de l’intention du groupe de commettre ce crime ». Dans l’affaire *Mbarushimana*, la Chambre préliminaire I explique au par. 289 de ses motifs qu’une personne peut être complice d’un crime sans avoir la *mens rea* nécessaire à sa perpétration :

À la différence de l’aide et du concours visés à l’article 25-3-c du Statut, pour lesquels l’intention est toujours requise, la connaissance suffit pour déclarer engagée en vertu de l’article 25-3-d du Statut la responsabilité de celui qui a apporté sa contribution à un groupe de personnes agissant de concert dans la poursuite d’un dessein commun. Étant donné que la connaissance des intentions criminelles du groupe suffit pour engager la responsabilité pénale, il n’est pas requis que celui qui apporte une contribution ait l’intention de commettre un crime spécifique, ni nécessaire qu’il satisfasse à l’élément moral des crimes reprochés.

[60] Bien que l’élément subjectif puisse, pour les besoins de l’art. 25(3)d), revêtir la forme de l’intention (de contribuer au dessein criminel d’un groupe) ou de la connaissance (de l’intention du groupe de commettre des crimes), l’insouciance ne paraîtrait pas suffire. Le texte même de l’art. 25(3)d) ne renvoie pas au comportement *susceptible* de contribuer à une activité criminelle ou à un dessein criminel, et on a conclu que l’élément psychologique circonscrit à l’art. 30 exclut le dol éventuel, c’est-à-dire la conscience du simple risque que le comportement entraîne des conséquences prohibées : *Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, décision rendue en application des art. 61(7)a) et b) du *Statut de Rome*, 15 juin 2009 (CPI, Chambre préliminaire II), par. 360. Signalons que, dans *Lubanga*, par. 351-355, la Chambre préliminaire I interprète différemment l’art. 30.

[61] Comme le montre ce qui précède, la complicité visée à l’art. 25(3)d) n’est pas liée au poste occupé au sein d’un groupe ou à l’association au groupe, mais à la contribution intentionnelle ou consciente aux crimes ou au dessein criminel de ce groupe.

### F. *Joint Criminal Enterprise*

[62] Having considered the broadest form of accessory liability under the *Rome Statute*, we now turn to what is perhaps the broadest and most controversial mode of liability recognized by the *ad hoc* tribunals: joint criminal enterprise. See *Cassese's International Criminal Law*, at pp. 163-75; Cryer, at p. 372.

[63] Even though joint criminal enterprise is considered to be a form of principal liability, it is relevant to our task of setting threshold criteria for art. 1F(a) of the *Refugee Convention*. The line between principal and accessory is not necessarily drawn consistently across international and domestic criminal law. Joint criminal enterprise, like common purpose liability under art. 25(3)(d), captures “lesser” contributions to a crime than aiding and abetting. While aiding and abetting likely requires a substantial contribution to a certain specific crime, joint criminal enterprise and common purpose liability can arise from a significant contribution to a criminal purpose. To the extent that the ICTY Trial Chamber may be seen to have applied a more exacting standard in *Prosecutor v. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, Judgment, 30 May 2013 (ICTY, Trial Chamber I), it is not in accordance with prevailing appellate authority: *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999 (ICTY, Appeals Chamber), at para. 229, cited in Lafontaine, at p. 237; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, Judgment, 3 April 2007 (ICTY, Appeals Chamber), at paras. 427-28 and 430. Joint criminal enterprise therefore captures individuals who could easily be considered as secondary actors complicit in the crimes of others: Cryer, at p. 372; S. Manacorda and C. Meloni, “Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” (2011), 9 *J.I.C.J.* 159, at pp. 166-67.

### F. *Entreprise criminelle commune*

[62] Après examen de la forme de responsabilité accessoire la plus générale que prévoit le *Statut de Rome*, nous passons maintenant à ce qui constitue peut-être le mode d’engagement de la responsabilité le plus général et le plus controversé que reconnaissent les tribunaux *ad hoc*, soit l’entreprise criminelle commune. Voir *Cassese's International Criminal Law*, p. 163-175, et Cryer, p. 372.

[63] Même si l’entreprise criminelle commune est source de responsabilité principale, il nous faut en tenir compte dans l’établissement d’un seuil minimal pour l’application de l’art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*. Le tracé de la ligne de démarcation entre responsabilité principale et responsabilité accessoire n’est pas nécessairement constant en droit pénal international et en droit pénal canadien. La responsabilité découlant de l’entreprise criminelle commune, comme celle fondée sur le dessein commun et visée à l’art. 25(3)d), requiert une contribution « moindre » à la commission d’un crime que celle liée au fait d’aider ou d’encourager. Bien que l’aide et l’encouragement exigent une contribution substantielle à un crime précis, la responsabilité fondée sur l’entreprise criminelle commune ou le dessein commun peut aussi découler d’une contribution significative à un dessein criminel. Dans la mesure où, dans *Prosecutor c. Jovica Stanišić*, IT-03-69-T, jugement, 30 mai 2013 (TPIY, Chambre de première instance I), elle paraît appliquer un critère plus strict, la Chambre de première instance du TPIY rompt avec la jurisprudence de la Chambre d’appel : *Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999 (TPIY, Chambre d’appel), par. 229, cité dans Lafontaine, p. 237; *Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-A, arrêt, 3 avril 2007 (TPIY, Chambre d’appel), par. 427-428 et 430. L’entreprise criminelle commune peut donc être le fait d’une personne qui pourrait facilement être considérée comme un auteur secondaire mais, en même temps, le complice du crime commis par autrui : Cryer, p. 372; S. Manacorda et C. Meloni, « Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise : Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? » (2011), 9 *J.I.C.J.* 159, p. 166-167.

[64] In *Tadić*, the ICTY articulated three forms of joint criminal enterprise: paras. 196-206. For all three, the *actus reus* is a “significant” contribution to the criminal enterprise: *Brđanin*, at para. 430.

[65] However, the *mens rea* varies for each form. The first form, JCE I, requires shared intent to perpetrate a certain crime. The second, JCE II, requires knowledge of a system of ill treatment and intent to further this system. The third, JCE III, requires intention to participate in and further the criminal activity or purpose of the group, and intent to contribute to the joint criminal enterprise or the commission of a crime by the group. Under JCE III, liability can extend to a crime other than one agreed to in the common plan if the accused intended to participate in and further the criminal activity of the group and (i) it was foreseeable that such a crime might be perpetrated by members of the group and (ii) the accused willingly took that risk. In other words, where an accused intends to contribute to the common purpose, JCE III captures not only knowing contributions but reckless contributions: see *Tadić*, at para. 228.

[66] Despite the overlap between joint criminal enterprise and art. 25(3)(d), ICC jurisprudence has kept the two modes distinct. Commentators suggest that JCE III will not play a role at the ICC, largely because of the recklessness component: van Sliedregt, at p. 101; Lafontaine, at p. 238; A. Cassese, “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise” (2007), 5 *J.I.C.J.* 109, at p. 132; Manacorda and Meloni, at p. 176.

[67] For our purposes, we simply note that joint criminal enterprise, even in its broadest form, does not capture individuals merely based on rank or association within an organization or an institution: *Cassese’s International Criminal Law*, at p. 163. It requires that the accused have made, at a minimum, a significant contribution to the

[64] Dans *Tadić*, par. 196-206, le TPIY établit trois types d’entreprise criminelle commune (« ECC »). Dans les trois cas, l’*actus reus* s’entend d’une contribution « significative » à l’entreprise criminelle : *Brđanin*, par. 430.

[65] La *mens rea* varie cependant d’un type à l’autre. Le premier requiert l’intention partagée de commettre un crime spécifique. Le deuxième requiert la connaissance par l’accusé de l’existence d’un système de mauvais traitements et son intention d’y contribuer. Pour ce qui est du troisième, l’accusé doit avoir eu l’intention de participer et de contribuer à l’activité criminelle ou au dessein criminel du groupe, et de contribuer à l’entreprise criminelle commune ou à la commission d’un crime par le groupe. Dans le cas du troisième type d’ECC, une personne peut être tenue responsable d’un autre crime que celui projeté en commun si elle avait l’intention de participer et de contribuer à l’activité criminelle du groupe, et (i) qu’il était prévisible qu’un tel crime soit commis par l’un ou l’autre des membres du groupe, et (ii) qu’elle a délibérément couru ce risque. Autrement dit, lorsqu’un accusé a l’intention de contribuer au dessein commun, le troisième type d’ECC englobe non seulement la contribution consciente, mais aussi celle qui est imputable à l’insouciance : voir *Tadić*, par. 228.

[66] Malgré le chevauchement de l’entreprise criminelle commune et de l’art. 25(3)(d), la jurisprudence de la CPI tient les deux modes de commission pour distincts. Selon certains auteurs, la CPI n’appliquerait pas le troisième type d’ECC, surtout à cause de l’élément d’insouciance qu’il comporte : van Sliedregt, p. 101; Lafontaine, p. 238; A. Cassese, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007), 5 *J.I.C.J.* 109, p. 132; Manacorda et Meloni, p. 176.

[67] Pour les besoins du présent pourvoi, mentionnons simplement que le seul fait d’exercer des fonctions dans une organisation ou une institution ou d’être associée à celle-ci n’équivaut pas à une entreprise criminelle commune, même dans sa forme la plus large : *Cassese’s International Criminal Law*, p. 163. L’accusé doit à tout le moins

group's crime or criminal purpose, made with some form of subjective awareness (whether it be intent, knowledge, or recklessness) of the crime or criminal purpose. In other words, this form of liability, while broad, requires more than a nexus between the accused and the group that committed the crimes. There must be a link between the accused's conduct and the criminal conduct of the group: *Brđanin*, at paras. 427-28; Lafontaine, at p. 234; Cryer, at p. 369.

#### G. *Summary of Complicity Under International Law*

[68] In sum, while the various modes of commission recognized in international criminal law articulate a broad concept of complicity, individuals will not be held liable for crimes committed by a group simply because they are associated with that group, or because they passively acquiesced to the group's criminal purpose. At a minimum, complicity under international criminal law requires an individual to knowingly (or, at the very least, recklessly) contribute in a significant way to the crime or criminal purpose of a group.

#### H. *Comparative Law and Decisions of Other National Courts*

[69] Other state parties to the *Refugee Convention* have approached art. 1F(a) in a manner that adheres to the minimum requirements for complicity set by the international law principles discussed above.

[70] In *J.S.*, the U.K. Supreme Court rejected the presumption that an individual is complicit in war crimes if he joins an organization, even where that organization has a limited and brutal purpose. Lord Hope of Craighead D.P.S.C., concurring, stated that "mere membership of an organisation that is committed to the use of violence for political ends is not enough to bring an appellant within the exclusion clauses": para. 43; see also paras. 31 and 44. Rather, as Lord Kerr of Tonaghmore J.S.C., also concurring, wrote, decision makers

avoir apporté une contribution significative au crime du groupe ou à son dessein criminel, tout en ayant été animé d'une certaine conscience subjective (que ce soit l'intention, la connaissance ou l'insouciance) du crime ou du dessein criminel. En d'autres mots, cette forme de responsabilité, bien qu'elle soit étendue, exige davantage qu'un lien entre l'accusé et le groupe qui a commis le crime. Il doit exister un lien entre le comportement de l'accusé et le comportement criminel du groupe : *Brđanin*, par. 427-428; Lafontaine, p. 234; Cryer, p. 369.

#### G. *Complicité en droit international — résumé*

[68] En bref, bien que les divers modes de commission reconnus en droit pénal international définissent les contours d'un concept général de complicité, une personne n'est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu'elle est associée à ce groupe ou qu'elle a passivement acquiescé à son dessein criminel. En droit pénal international, on ne peut conclure à la complicité d'une personne que si elle a consciemment (ou, du moins, par insouciance) apporté une contribution significative au crime ou au dessein criminel d'un groupe.

#### H. *Droit comparé et décisions d'autres tribunaux nationaux*

[69] D'autres États parties à la *Convention relative aux réfugiés* ont interprété l'art. 1Fa) au regard des exigences minimales en matière de complicité établies par les principes du droit international examinés précédemment.

[70] Dans *J.S.*, la Cour suprême du Royaume-Uni a écarté la présomption selon laquelle l'individu qui se joint à une organisation coupable de crimes de guerre est complice de ces crimes, même lorsque le dessein de l'organisation est circonscrit et brutal. Le lord Hope de Craighead, président adjoint de la Cour suprême, motifs concordants, a opiné que [TRADUCTION] « sa seule appartenance à une organisation qui recourt à la violence à des fins politiques ne suffit pas à le faire tomber sous le coup des dispositions portant exclusion » : par. 43;

must “concentrate on the actual role played by the particular person, taking all material aspects of that role into account so as to decide whether the required degree of participation is established”: para. 55. In his view, this approach “accord[s] more closely . . . with the spirit of articles 25 and 30 of the ICC Rome Statute”: para. 57.

[71] According to *J.S.*, an individual would only be excluded under art. 1F(a) “if there are serious reasons for considering him voluntarily to have contributed in a significant way to the organisation’s ability to pursue its purpose of committing war crimes, aware that his assistance will in fact further that purpose”: para. 38.

[72] To assess the accused’s mental state and degree of participation, *J.S.* provides factors that are remarkably similar to those used by Canadian courts in art. 1F(a) cases:

. . . (i) the nature and (potentially of some importance) the size of the organisation and particularly that part of it with which the asylum seeker was himself most directly concerned, (ii) whether and, if so, by whom the organisation was proscribed, (iii) how the asylum seeker came to be recruited, (iv) the length of time he remained in the organisation and what, if any, opportunities he had to leave it, (v) his position, rank, standing and influence in the organisation, (vi) his knowledge of the organisation’s war crimes activities, and (vii) his own personal involvement and role in the organisation including particularly whatever contribution he made towards the commission of war crimes. [para. 30]

[73] These factors are largely subsumed by the six “non-exhaustive” factors set out in *Ryivuze v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 134, 325 F.T.R. 30, at para. 38:

- (1) the nature of the organization;
- (2) the method of recruitment;

voir aussi par. 31 et 44. Le décideur doit plutôt, selon le lord juge Kerr de Tonaghmore, motifs également concordants, [TRADUCTION] « s’attacher au rôle véritable de la personne et tenir compte de tous les aspects importants de ce rôle pour conclure que le degré de participation requis est établi ou non » : par. 55. Selon lui, cette interprétation « s’accorde au mieux [. . .] avec l’esprit des art. 25 et 30 du *Statut de Rome* de la CPI » : par. 57.

[71] Selon *J.S.*, une personne n’est inadmissible suivant l’art. 1Fa) que [TRADUCTION] « s’il existe des raisons sérieuses de penser qu’elle a volontairement contribué de manière significative à faire en sorte que l’organisation puisse poursuivre son objectif de commettre des crimes de guerre, alors qu’elle savait que son aide permettrait la réalisation de cet objectif » : par. 38.

[72] Pour déterminer l’état d’esprit et le degré de participation de l’accusé, la cour s’appuie sur des considérations qui s’apparentent beaucoup à celles prises en compte par les tribunaux canadiens pour l’application de l’art. 1Fa) :

[TRADUCTION] . . . (i) la nature et (ce qui pourrait revêtir une certaine importance) la taille de l’organisation et, plus particulièrement, de la section de l’organisation à laquelle le demandeur d’asile était le plus directement associé, (ii) le fait que l’organisation était proscrite ou non, et dans l’affirmative, l’auteur de cette proscription, (iii) la façon dont le demandeur d’asile a été recruté, (iv) la durée de son appartenance à l’organisation et les possibilités qu’il a eues, le cas échéant, de la quitter, (v) son poste, son grade, son statut et son influence au sein de l’organisation, (vi) sa connaissance des crimes de guerre commis par l’organisation et (vii) sa participation personnelle à l’organisation, de même que sa fonction au sein de celle-ci, y compris, surtout, sa contribution quelle qu’elle soit à la commission de crimes de guerre. [*J.S.*, par. 30]

[73] Ces considérations sont pour l’essentiel subsumées sous celles, « non exhaustives », énoncées dans *Ryivuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 134 (CanLII), par. 38 :

- (1) la nature de l’organisation;
- (2) la méthode de recrutement;

- (3) position/rank in the organization;
- (4) knowledge of the organization's atrocities;
- (5) the length of time in the organization; and
- (6) the opportunity to leave the organization.

[74] The factors recognized in U.K. and Canadian jurisprudence help guard against a complicity analysis that would exclude individuals from refugee protection on the basis of mere membership or failure to dissociate from a multifaceted organization which is committing war crimes.

[75] Similarly, United States appellate jurisprudence on refugee exclusions does not recognize complicity based on passive acquiescence or "tangential" contributions. While the U.S. "persecutor bar" does not directly incorporate art. 1F(a), it nevertheless represents an approach to exclusion that would only capture those who have committed international crimes as recognized by international criminal law: A.F., at para. 167. A recent decision by the Second Circuit Court of Appeals said:

... the mere fact that [a person] may be associated with an enterprise that engages in persecution is insufficient by itself to trigger the effects of the persecutor bar. As the Supreme Court's oft-quoted dicta in *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490, 101 S.Ct. 737, 66 L.Ed.2d 686 (1981), illustrates, a "guilt by association" approach to the persecutor bar is improper . . . .

... Before [a claimant] may be held personally accountable for assisting in acts of persecution, there must be some evidence that he himself engaged in conduct that assisted in the persecution of another.

(*Xu Sheng Gao v. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007), at paras. 5-6, cited in P. Zambelli, "Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law" (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 252, at pp. 284-85.)

- (3) le poste ou le grade au sein de l'organisation;
- (4) la connaissance des atrocités commises par l'organisation;
- (5) la période de temps passée dans l'organisation;
- (6) la possibilité de quitter l'organisation.

[74] Les considérations prises en compte par les tribunaux britanniques et canadiens contribuent à éviter que l'analyse relative à la complicité débouche sur l'exclusion de la protection des réfugiés sur le fondement de la seule appartenance à une organisation multiforme qui se livre à des crimes de guerre ou sur la seule omission de se dissocier de celle-ci.

[75] De même, les décisions américaines rendues en appel relativement au refus du droit d'asile ne reconnaissent pas la complicité fondée sur l'acquiescement passif ou la contribution trop indirecte. La disposition américaine qui empêche que l'asile soit accordé au persécuteur n'incorpore pas directement l'art. 1F(a), mais son interprétation veut néanmoins que seule soit inadmissible la personne ayant commis un crime international au sens du droit pénal international : m.a., par. 167. Voici un extrait d'une décision récente de la Second Circuit Court of Appeals :

[TRANSLATION] . . . le simple fait qu'[une personne] soit associée à une entreprise de persécution ne suffit pas en soi à donner effet à la disposition qui prévoit le refus du droit d'asile. Comme il appert de la remarque incidente de la Cour suprême dans *Fedorenko c. United States*, 449 U.S. 490, 101 S.Ct. 737, 66 L.Ed.2d 686 (1981), maintes fois citée, la « culpabilité par association » ne saurait justifier le refus du droit d'asile . . . .

... Pour qu'[un demandeur] puisse être tenu personnellement responsable d'aide à la perpétration d'actes de persécution, certains éléments doivent établir que ses actes ont contribué à la persécution d'autrui.

(*Xu Sheng Gao c. United States Attorney General*, 500 F.3d 93 (2007), par. 5-6, cité dans P. Zambelli, « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law » (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 252, p. 284-285.)

[76] In our view, the approach to complicity adopted by these state parties adheres to the UNHCR's recommendation in its Guidelines, at para. 18, although it would ask for a "substantial" contribution:

For exclusion to be justified, individual responsibility must be established in relation to a crime covered by Article 1F. . . . In general, individual responsibility flows from the person having committed, or made a substantial contribution to the commission of the criminal act, in the knowledge that his or her act or omission would facilitate the criminal conduct. The individual need not physically have committed the criminal act in question. Instigating, aiding and abetting and participating in a joint criminal enterprise can suffice.

[77] In sum, the foregoing approaches to complicity all require a nexus between the individual and the group's crime or criminal purpose. An individual can be complicit without being present at the crime and without physically contributing to the crime. However, the UNHCR has explained, and other state parties have recognized, that to be excluded from the definition of refugee protection, there must be evidence that the individual knowingly made at least a significant contribution to the group's crime or criminal purpose. Passive membership would not be enough, as indicated above in paras. 70-76.

I. *The Canadian Approach to Criminal Participation Has Been Overextended*

[78] Before being overturned by the Federal Court of Appeal, the Federal Court's decision in this case was viewed as a potential signal of "a clearer jurisprudence, more closely tied to international standards and to the original wording of the Convention": A. Kaushal and C. Dauvergne, "The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions" (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 54, at p. 85. The Federal Court rightly concluded that neither mere membership in a government that had committed international crimes nor knowledge of those crimes is enough to establish complicity: para. 4.

[76] À notre avis, la notion de complicité retenue par ces États parties respecte la recommandation du HCR dans les Principes directeurs, par. 18, bien qu'il préconise l'exigence d'une contribution « substantielle » :

Pour que l'exclusion soit justifiée, il faut que la responsabilité individuelle soit établie en liaison avec un crime couvert par l'article 1F. [ . . . ] En général, la responsabilité individuelle découle du fait que la personne a commis ou a contribué de manière substantielle à la commission de l'acte criminel, en sachant que son acte ou son omission favoriserait la conduite criminelle. Il n'est pas nécessaire que la personne ait physiquement commis l'acte criminel en question. L'instigation, la complicité et la participation à une entreprise criminelle commune peuvent suffire.

[77] En résumé, les interprétations qui précèdent exigent toutes un lien entre l'individu et le crime ou le dessein criminel du groupe pour qu'il y ait complicité. Un individu peut être complice d'un crime auquel il n'a ni assisté, ni contribué matériellement. Cependant, comme l'explique le HCR et le reconnaissent d'autres États parties, pour refuser le droit d'asile à une personne, il faut prouver qu'elle a consciemment contribué de manière à tout le moins significative au crime perpétré par le groupe ou à la réalisation de son dessein criminel. L'appartenance passive au groupe ne suffit pas, comme nous l'indiquons aux par. 70-76.

I. *L'élargissement indu de la notion de participation criminelle par les tribunaux canadiens*

[78] Avant qu'elle ne soit infirmée en Cour d'appel fédérale, on voyait dans la décision de la Cour fédérale rendue en l'espèce l'amarce éventuelle d'une [TRADUCTION] « jurisprudence plus nette, plus étroitement liée aux normes internationales et au libellé d'origine de la Convention » : A. Kaushal et C. Dauvergne, « The Growing Culture of Exclusion : Trends in Canadian Refugee Exclusions » (2011), 23 *Int'l. J. Refugee L.* 54, p. 85. La Cour fédérale a conclu avec raison que ni la seule appartenance à un gouvernement qui s'est rendu coupable de crimes internationaux, ni la connaissance de ces crimes ne suffisent pour établir la complicité : par. 4.

[79] In our view, the Federal Court's approach in this case brings appropriate restraint to the test for complicity that had, in some cases, inappropriately shifted its focus towards the criminal activities of the group and away from the individual's contribution to that criminal activity: see, for example, *Osagie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 F.T.R. 143; *Mpia-Mena-Zambili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1349, 281 F.T.R. 54, at paras. 45-47; *Fabela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1028, 277 F.T.R. 20, at paras. 14-19. By answering "yes" to the certified question, the Federal Court of Appeal's reasons could be seen as having endorsed an overextended approach to complicity, one that captures complicity by association or passive acquiescence.

[80] As Noël J.A. noted in this case, a senior official *may* be complicit in the government's crimes "by remaining in his or her position without protest and continuing to defend the interests of his or her government while being aware of the crimes". Nonetheless, the Federal Court of Appeal reasons should not be improperly relied on to find complicity even where the individual has committed no guilty act and has no criminal knowledge or intent, beyond a mere awareness that other members of the government have committed illegal acts.

[81] In our view, it is necessary to rearticulate the Canadian approach to art. 1F(a) to firmly foreclose exclusions based on such broad forms of complicity. Otherwise, high-ranking officials might be forced to abandon their legitimate duties during times of conflict and national instability in order to maintain their ability to claim asylum. Furthermore, a concept of complicity that leaves any room for guilt by association or passive acquiescence violates two fundamental criminal law principles.

[82] It is well established in international criminal law that criminal liability does not attach to omissions unless an individual is under a duty to act: *Cassese's International Criminal Law*,

[79] À notre sens, l'approche de la Cour fédérale en l'espèce resserre à juste titre le critère qui permet de conclure ou non à la complicité, un critère qui, dans certains cas, s'était attaché indûment aux activités criminelles du groupe plutôt qu'à la contribution de l'individu à ces activités criminelles : voir par exemple *Osagie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15817 (C.F.); *Mpia-Mena-Zambili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1349 (CanLII), par. 45-47; *Fabela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1028 (CanLII), par. 14-19. En répondant par l'affirmative à la question certifiée, la Cour d'appel fédérale peut donner à penser qu'elle avalise une interprétation trop large de la complicité, une interprétation qui englobe la complicité par association ou acquiescement passif.

[80] Le juge Noël écrit en l'espèce qu'« en demeurant en poste sans protêt et en continuant à défendre les intérêts de son gouvernement alors qu'il a connaissance des crimes commis par ce gouvernement », un haut fonctionnaire *peut* se rendre complice de ces crimes. On ne saurait toutefois invoquer indûment les motifs de la Cour d'appel fédérale pour conclure à la complicité d'une personne alors même qu'elle n'a accompli aucun acte coupable et n'a eu aucune connaissance ou intention criminelle, mais a seulement su que d'autres membres du gouvernement avaient commis des actes illégaux.

[81] À notre avis, il est nécessaire de revoir l'interprétation canadienne de l'art. 1Fa) afin d'exclure clairement le refus de protection fondé sur une notion aussi étendue de la complicité. Faute de le faire, un haut fonctionnaire pourrait devoir cesser d'exercer ses fonctions légitimes en période de conflit ou d'instabilité nationale afin de ne pas être déchu de son droit à l'asile. De plus, la complicité susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif va à l'encontre de deux principes fondamentaux du droit pénal.

[82] Il est bien établi en droit pénal international que l'omission n'emporte pas de responsabilité pénale, sauf obligation d'agir : *Cassese's International Criminal Law*, p. 180-182. Par conséquent,

at pp. 180-82. Accordingly, unless an individual has control or responsibility over the individuals committing international crimes, he or she cannot be complicit by simply remaining in his or her position without protest: *Ramirez*, at pp. 319-20. Likewise, guilt by association violates the principle of individual criminal responsibility. Individuals can only be liable for their own culpable conduct: van Sliedregt, at p. 17.

[83] Accordingly, the decision of the Federal Court of Appeal should not be taken to leave room for rank-based complicity by association or passive acquiescence. Such a reading would perpetuate a departure from international criminal law and fundamental criminal law principles.

#### J. *The Canadian Test for Complicity Refined*

[84] In light of the foregoing reasons, it has become necessary to clarify the test for complicity under art. 1F(a). To exclude a claimant from the definition of “refugee” by virtue of art. 1F(a), there must be serious reasons for considering that the claimant has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose.

[85] We will address these key components of the contribution-based test for complicity in turn. In our view, they ensure that decision makers do not overextend the concept of complicity to capture individuals based on mere association or passive acquiescence.

##### (1) Voluntary Contribution to the Crime or Criminal Purpose

[86] It goes without saying that the contribution to the crime or criminal purpose must be voluntarily made. While this element is not in issue in this case, it is easy to foresee cases where an individual would otherwise be complicit in war crimes but had no realistic choice but to participate in the crime. To assess the voluntariness of a contribution, decision makers should, for example, consider the method of

à moins d’un contrôle exercé sur les auteurs individuels d’un crime international, nul ne peut se rendre complice seulement en continuant d’exercer ses fonctions sans protester : *Ramirez*, p. 319-320. De même, la culpabilité par association viole le principe de la responsabilité pénale individuelle. Une personne ne peut être responsable que de ses propres actes coupables : van Sliedregt, p. 17.

[83] On ne doit pas considérer que la décision de la Cour d’appel fédérale permet de conclure à la complicité par association du fait de la fonction exercée ni à celle fondée sur l’acquiescement passif, car ce serait perpétuer une rupture avec le droit pénal international et les principes fondamentaux du droit pénal.

#### J. *Resserrement du critère appliqué au Canada en matière de complicité*

[84] Compte tenu de ce qui précède, il devient nécessaire de clarifier la notion de complicité aux fins de l’application de l’art. 1Fa). Pour refuser l’asile à un demandeur sur le fondement de cette disposition, il doit exister des raisons sérieuses de penser qu’il a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation.

[85] Nous examinons chacune des caractéristiques clés de cette notion de complicité axée sur la contribution. Il s’agit à notre avis de conditions propres à empêcher un décideur d’élargir la notion indûment et de conclure à la complicité d’une personne pour simple association ou acquiescement passif.

##### (1) Caractère volontaire de la contribution aux crimes ou au dessein criminel

[86] Il va sans dire que la contribution au crime ou au dessein criminel doit être volontaire. Cette caractéristique n’est pas contestée en l’espèce, mais on peut aisément concevoir le cas d’un individu qui aurait été complice d’un crime de guerre sans avoir vraiment eu le choix d’y participer. Pour déterminer le caractère volontaire ou non d’une contribution, le décideur doit par exemple tenir compte du mode de

recruitment by the organization and any opportunity to leave the organization. The voluntariness requirement captures the defence of duress which is well recognized in customary international criminal law, as well as in art. 31(1)(d) of the *Rome Statute: Cassese's International Criminal Law*, at pp. 215-16.

(2) Significant Contribution to the Group's Crime or Criminal Purpose

[87] In our view, mere association becomes culpable complicity for the purposes of art. 1F(a) when an individual makes a *significant* contribution to the crime or criminal purpose of a group. As Lord Brown J.S.C. said in *J.S.*, to establish the requisite link between the individual and the group's criminal conduct, the accused's contribution does not have to be "directed to specific identifiable crimes" but can be directed to "wider concepts of common design, such as the accomplishment of an organisation's purpose by whatever means are necessary including the commission of war crimes": para. 38. This approach to art. 1F(a) is consistent with international criminal law's recognition of collective and indirect participation in crimes discussed above, as well as s. 21(2) of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which attaches criminal liability based on assistance in carrying out a common unlawful purpose.

[88] Given that contributions of almost every nature to a group could be characterized as furthering its criminal purpose, the degree of the contribution must be carefully assessed. The requirement of a significant contribution is critical to prevent an unreasonable extension of the notion of criminal participation in international criminal law.

(3) Knowing Contribution to the Crime or Criminal Purpose

[89] To be complicit in crimes committed by the government, the official must be aware of the government's crime or criminal purpose and aware

recrutement de l'organisation et des possibilités de quitter celle-ci. L'exigence du caractère volontaire permet au demandeur d'invoquer la contrainte, un moyen de défense effectivement reconnu en droit pénal international coutumier, ainsi qu'à l'art. 31(1)d du *Statut de Rome : Cassese's International Criminal Law*, p. 215-216.

(2) Contribution significative aux crimes ou au dessein criminel

[87] Selon nous, la simple association devient complicité coupable aux fins de l'art. 1Fa) lorsqu'une personne apporte une contribution *significative* aux crimes ou au dessein criminel d'un groupe. Comme l'affirme le lord juge Brown dans *J.S.*, l'existence du lien requis entre la personne et le comportement criminel du groupe n'exige pas que la contribution de l'accusé [TRADUCTION] « vise la perpétration de crimes identifiables précis »; elle peut viser un « dessein commun plus large, comme la réalisation de l'objectif d'une organisation par tous les moyens nécessaires, y compris la commission de crimes de guerre » : para. 38. Cette interprétation de l'art. 1Fa) s'accorde avec la reconnaissance par le droit pénal international de la participation collective et indirecte aux crimes en question, ainsi qu'avec le par. 21(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui impute une responsabilité pénale à quiconque prête son concours à la réalisation d'une fin commune illégale.

[88] Étant donné que toute forme ou presque de contribution apportée à un groupe peut être considérée comme favorisant la réalisation de son dessein criminel, le degré de contribution doit être soupesé avec soin. L'exigence voulant que la contribution soit significative se révèle cruciale afin d'éviter un élargissement déraisonnable de la notion de participation criminelle en droit pénal international.

(3) La contribution consciente aux crimes ou au dessein criminel

[89] Pour être complice de crimes gouvernementaux, un fonctionnaire doit être au courant de leur perpétration ou du dessein criminel du

that his or her *conduct* will assist in the furtherance of the crime or criminal purpose.

[90] In our view, this approach is consistent with the *mens rea* requirement under art. 30 of the *Rome Statute*. Article 30(1) explains that “a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge”. Article 30(2)(a) explains that a person has intent where he “means to engage in the conduct”. With respect to consequences, art. 30(2)(b) requires that the individual “means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events”. Knowledge is defined in art. 30(3) as “awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events”.

#### (4) Applying the Test

[91] Whether there are serious reasons for considering that an individual has committed international crimes will depend on the facts of each case. Accordingly, to determine whether an individual’s conduct meets the *actus reus* and *mens rea* for complicity, several factors may be of assistance. The following list combines the factors considered by courts in Canada and the U.K., as well as by the ICC. It should serve as a guide in assessing whether an individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a crime or criminal purpose:

- (i) the size and nature of the organization;
- (ii) the part of the organization with which the refugee claimant was most directly concerned;
- (iii) the refugee claimant’s duties and activities within the organization;
- (iv) the refugee claimant’s position or rank in the organization;

gouvernement et savoir que son *comportement* facilitera la perpétration des crimes ou la réalisation du dessein criminel.

[90] Nous estimons que cette approche est conforme au type de *mens rea* exigé à l’art. 30 du *Statut de Rome*. L’article 30(1) dispose en effet que « nul n’est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d’un crime relevant de la compétence de la [CPI] que si l’élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance ». L’article 30(2)(a) précise qu’il y a intention chez une personne lorsqu’elle « entend adopter [l]e comportement ». En ce qui concerne les conséquences, l’art. 30(2)(b) exige que la personne « entend[e] causer cette conséquence ou [soit] consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ». Suivant l’art. 30(3), il y a connaissance lorsqu’une « personne est consciente qu’une circonstance existe ou qu’une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ».

#### (4) L’application du critère

[91] L’existence de raisons sérieuses de penser qu’une personne a commis des crimes internationaux dépend des faits de chaque affaire. Dès lors, pour déterminer si les actes d’un individu correspondent à l’*actus reus* et à la *mens rea* exigés pour qu’il y ait complicité, plusieurs considérations peuvent se révéler utiles. L’énumération qui suit rassemble celles retenues par les tribunaux canadiens et britanniques, de même que par la CPI. Elle permet de baliser l’analyse visant à déterminer si une personne a ou non volontairement apporté une contribution significative et consciente à un crime ou à un dessein criminel :

- (i) la taille et la nature de l’organisation;
- (ii) la section de l’organisation à laquelle le demandeur d’asile était le plus directement associé;
- (iii) les fonctions et les activités du demandeur d’asile au sein de l’organisation;
- (iv) le poste ou le grade du demandeur d’asile au sein de l’organisation;

- (v) the length of time the refugee claimant was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose; and
- (vi) the method by which the refugee claimant was recruited and the refugee claimant's opportunity to leave the organization.

See *Ryivuze*, at para. 38; *J.S.*, at para. 30; and *Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, at para. 284.

[92] When relying on these factors for guidance, the focus must always remain on the individual's contribution to the crime or criminal purpose. Not only are the factors listed above diverse, they will also have to be applied to diverse circumstances encompassing different social and historical contexts. Refugee claimants come from many countries and appear before the Board with their own life experiences and backgrounds in their respective countries of origin. Thus, the assessment of the factors developed in our jurisprudence, the decisions of the courts of other countries, and the international community will necessarily be highly contextual. Depending on the facts of a particular case, certain factors will go "a long way" in establishing the requisite elements of complicity. Ultimately, however, the factors will be weighed with one key purpose in mind: to determine whether there was a voluntary, significant, and knowing contribution to a crime or criminal purpose.

[93] In the present case, it will be for the Board to determine which factors are significant, based on the application before it. To provide guidance to the Board in making this determination, it may be of assistance to briefly elaborate on each of the factors listed above.

[94] *The size and nature of the organization.* The size of an organization could help determine the likelihood that the claimant would have known of and participated in the crime or criminal purpose. A smaller organization could increase that likelihood. That likelihood could also be

- (v) la durée de l'appartenance du demandeur d'asile à l'organisation (surtout après qu'il a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel);
- (vi) le mode de recrutement du demandeur d'asile et la possibilité qu'il a eue ou non de quitter l'organisation.

Voir *Ryivuze*, par. 38; *J.S.*, par. 30; *Mbarushimana*, décision relative à la confirmation des charges, par. 284.

[92] Malgré la prise en compte de ces considérations, l'analyse doit toujours s'attacher à la contribution de l'individu au crime ou au dessein criminel. Non seulement sont-elles diverses, mais ces considérations s'appliqueront à des situations elles aussi diverses où le contexte socio-historique diffèrera d'un cas à l'autre. Les réfugiés proviennent de nombreux pays et chacun d'eux se présente devant la Commission pour y relater son propre vécu et son propre parcours dans le pays d'origine. Dès lors, l'examen des considérations retenues par nos tribunaux et ceux d'autres pays, ainsi que par la communauté internationale, devra nécessairement être particulièrement contextuel. Selon les faits de l'affaire, certaines joueront plus que d'autres dans l'établissement des éléments constitutifs de la complicité. Cependant, au bout du compte, ces considérations seront soupesées dans le but principal de déterminer s'il y a eu une contribution à la fois volontaire, significative et consciente à un crime ou à un dessein criminel.

[93] Dans la présente affaire, il appartiendra à la Commission d'arrêter les considérations pertinentes eu égard aux faits du dossier. Pour l'aider dans cette tâche, il convient peut-être que nous développons quelque peu chacune des considérations susmentionnées.

[94] *La taille et la nature de l'organisation.* La taille de l'organisation pourrait permettre de se prononcer sur la vraisemblance que le demandeur ait connu ses crimes ou son dessein criminel ou qu'il y ait contribué. La taille de l'organisation est inversement proportionnelle à la vraisemblance

impacted by the nature of the organization. If the organization is multifaceted or heterogeneous, i.e. one that performs both legitimate and criminal acts, the link between the contribution and the criminal purpose will be more tenuous. In contrast, where the group is identified as one with a limited and brutal purpose, the link between the contribution and the criminal purpose will be easier to establish. In such circumstances, a decision maker may more readily infer that the accused had knowledge of the group's criminal purpose and that his conduct contributed to that purpose. That said, even for groups with a limited and brutal purpose, the individual's conduct and role within the organization must still be carefully assessed, on an individualized basis, to determine whether the contribution was voluntarily made and had a significant impact on the crime or criminal purpose of the group.

[95] *The part of the organization with which the refugee claimant was most directly concerned.* This factor may be relevant if particular parts of the organization were known to be involved with the crime or criminal purpose. For example, where only one part of the organization in question was involved in the crime or criminal purpose, a claimant's exclusive affiliation with another part(s) of the organization may serve to exonerate him or her for the purpose of art. 1F(a).

[96] *The refugee claimant's duties and activities within the organization.* This factor is likely to be significant in any analysis of complicity, because it goes to the heart of a claimant's day-to-day participation in the activities of the organization. The Board should consider the link between the duties and activities of a claimant, and the crimes and criminal purposes of the organization.

[97] *The refugee claimant's position or rank in the organization.* A high ranking individual in an organization may be more likely to have knowledge of that organization's crime or criminal purpose.

de la connaissance et de la contribution. Cette vraisemblance peut également varier en fonction de la nature du groupe. Lorsque celui-ci est multi-forme ou hétérogène (par exemple, lorsqu'il exerce à la fois des activités légitimes et des activités criminelles), le lien entre la contribution et le dessein criminel sera plus ténu. En revanche, lorsque l'organisation sera animée d'un dessein circonscrit et brutal, le lien sera plus facile à établir. En pareilles circonstances, un décideur peut être plus enclin à inférer que l'accusé connaissait le dessein criminel du groupe et qu'il a contribué à sa réalisation. Cela dit, même dans le cas d'un groupe animé d'un dessein circonscrit et brutal, les actes et la fonction de l'individu en son sein doivent tout de même être soupesés avec soin, au regard de la situation propre à cet individu, pour déterminer si sa contribution était volontaire et si elle a eu une incidence importante sur le crime ou le dessein criminel du groupe.

[95] *La section de l'organisation à laquelle le demandeur d'asile était le plus directement associé.* Cette considération peut se révéler pertinente lorsque l'implication de certaines composantes de l'organisation dans la perpétration du crime ou leur participation à la réalisation du dessein criminel était connue. À titre d'exemple, dans l'éventualité où une seule composante aurait été associée au crime ou au dessein criminel, le fait que le demandeur a seulement appartenu à une ou à plusieurs autres composantes pourrait l'exonérer aux fins de l'application de l'art. 1Fa).

[96] *Les fonctions et les activités du demandeur d'asile au sein de l'organisation.* Cette considération devrait se révéler pertinente aux fins de statuer sur la complicité, car elle vise précisément la participation du demandeur aux activités quotidiennes de l'organisation. La Commission doit se pencher sur le lien entre les fonctions et les activités du demandeur d'asile et les crimes et le dessein criminel de l'organisation.

[97] *Le poste ou le grade du demandeur d'asile au sein de l'organisation.* Plus une personne se situe au sommet de la hiérarchie de l'organisation, plus elle est susceptible d'avoir connaissance de ses crimes et

In some cases, a high rank or rapid ascent through the ranks of an organization could evidence strong support of the organization's criminal purpose. Moreover, by virtue of their position or rank, individuals may have effective control over those directly responsible for criminal acts, possibly engaging art. 28 of the *Rome Statute*.

[98] *The length of time the refugee claimant was in the organization, particularly after acquiring knowledge of the group's crime or criminal purpose.* It may be easier to establish complicity where an individual has been involved with the organization for a longer period of time. This would increase the chance that the individual had knowledge of the organization's crime or criminal purpose. A lengthy period of involvement may also increase the significance of an individual's contribution to the organization's crime or criminal purpose.

[99] *The method by which the refugee claimant was recruited and the refugee claimant's opportunity to leave the organization.* As mentioned, these two factors directly impact the voluntariness requirement. This requirement may not be satisfied if an individual was coerced into joining, supporting, or remaining in the organization. Similarly, an individual's involvement with an organization may not be voluntary if he or she did not have the opportunity to leave, especially after acquiring knowledge of its crime or criminal purpose. The Board may wish to consider whether the individual's specific circumstances (i.e. location, financial resources, and social networks) would have eased or impeded exit.

[100] We reiterate that the factors discussed above should be relied on only for guidance. We agree with Lord Kerr J.S.C.'s statement in *J.S.*, at para. 55:

. . . they are not necessarily exhaustive of the matters to be taken into account, nor will each of the factors be inevitably significant in every case. One needs, I believe, to concentrate on the actual role played by the particular

de son dessein criminel. Parfois, un poste élevé ou une ascension rapide peut attester l'existence d'un grand appui au dessein criminel de l'organisation. Qui plus est, en raison du poste qu'elle occupe ou du rang auquel elle s'est hissée, une personne peut, de fait, exercer un contrôle sur les auteurs d'actes criminels, ce qui pourrait emporter l'application de l'art. 28 du *Statut de Rome*.

[98] *La durée de l'appartenance du demandeur d'asile à l'organisation (surtout après qu'il a pris connaissance de ses crimes ou de son dessein criminel).* L'appartenance de longue date peut faciliter la preuve de la complicité. Elle accroît en effet la possibilité que l'individu ait connu les crimes commis par l'organisation ou son dessein criminel. Elle peut également accroître l'importance de la contribution de l'intéressé aux crimes ou au dessein criminel de l'organisation.

[99] *Le mode de recrutement du demandeur d'asile et la possibilité qu'il a ou non de quitter l'organisation.* Comme nous l'indiquons plus haut, ces deux considérations jouent directement sur le caractère volontaire de la contribution. L'individu contraint de se joindre au groupe, de l'appuyer ou d'en demeurer membre pourrait ne pas avoir agi volontairement. De même, sa participation pourrait ne pas se révéler volontaire s'il n'a pas eu la possibilité de quitter le groupe, surtout après qu'il a appris l'existence de son activité ou de son dessein criminels. La Commission pourra se demander si la situation propre au demandeur (le lieu où il se trouvait, ses ressources financières et son réseau social) était de nature à faciliter son départ ou à y faire obstacle.

[100] Nous rappelons que les considérations énumérées précédemment ne doivent servir qu'à baliser l'examen du dossier. À cet égard, nous souscrivons aux propos suivants du lord juge Kerr dans *J.S.*, par. 55 :

[TRADUCTION] . . . elles ne font pas nécessairement état de tous les éléments à examiner et chacune ne s'applique pas à tout coup. J'estime qu'il faut s'attacher au rôle véritable de la personne et tenir compte de tous les aspects

person, taking all material aspects of that role into account so as to decide whether the required degree of participation is established.

A full contextual analysis would necessarily include any viable defences, including, but certainly not limited to, the defence of duress, discussed above.

K. *Evidentiary Standard: Serious Reasons for Considering*

[101] Ultimately, the above contribution-based test for complicity is subject to the unique evidentiary standard contained in art. 1F(a) of the *Refugee Convention*. To recall, the Board does not make determinations of guilt. Its exclusion decisions are therefore not based on proof beyond a reasonable doubt nor on the general civil standard of the balance of probabilities. Rather, art. 1F(a) directs it to decide whether there are “serious reasons for considering” that an individual has committed war crimes, crimes against humanity or crimes against peace. For guidance on applying the evidentiary standard, we agree with Lord Brown J.S.C.’s reasons in *J.S.*, at para. 39:

It would not, I think, be helpful to expatiate upon article 1F’s reference to there being “serious reasons for considering” the asylum seeker to have committed a war crime. Clearly the tribunal in *Gurung’s* case [2003] Imm AR 115 (at the end of para 109) was right to highlight “the lower standard of proof applicable in exclusion clause cases” — lower than that applicable in actual war crimes trials. That said, “serious reasons for considering” obviously imports a higher test for exclusion than would, say, an expression like “reasonable grounds for suspecting”. “Considering” approximates rather to “believing” than to “suspecting”. I am inclined to agree with what Sedley LJ said in *Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department* [2009] Imm AR 624, para 33:

“[The phrase used] sets a standard above mere suspicion. Beyond this, it is a mistake to try to paraphrase the straightforward language of the Convention: it has to be treated as meaning what it says.”

importants de ce rôle pour conclure que le degré de participation requis est établi ou non.

L’analyse du contexte en entier englobe nécessairement les moyens de défense opposables, y compris celui fondé sur la contrainte, dont nous avons fait état.

K. *Norme de preuve : raisons sérieuses de penser*

[101] Enfin, la norme de preuve particulière établie à l’art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés* s’applique pour déterminer s’il y a ou non complicité découlant de la contribution suivant le critère énoncé précédemment. Rappelons que la Commission ne statue pas sur la culpabilité. Ses décisions de refus d’asile ne sont donc pas fondées sur une preuve établie hors de tout doute raisonnable ou selon la norme de la prépondérance des probabilités généralement applicable en matière civile. L’article 1Fa) demande plutôt à la Commission de décider s’il existe ou non des « raisons sérieuses de penser » que le demandeur a commis un crime de guerre, un crime contre l’humanité ou un crime contre la paix. Au chapitre de l’application de la norme de preuve, nous souscrivons aux motifs du lord juge Brown dans *J.S.*, par. 39 :

[TRADUCTION] Il me paraît vain de s’étendre sur la mention à l’art. 1F de « raisons sérieuses de penser » que le demandeur d’asile a commis un crime de guerre. De toute évidence, dans *Gurung* [2003] Imm AR 115 (à la fin du par. 109), le tribunal insiste avec raison sur « la norme de preuve moins stricte qui vaut dans une affaire d’exclusion de la protection », une norme moins stricte que celle applicable dans un procès pour crime de guerre. Cela dit, les mots « raisons sérieuses de penser » emportent certainement l’application d’un critère plus strict en la matière que, par exemple, les termes « motifs raisonnables de soupçonner ». Le sens du verbe « penser » se rapproche davantage du fait de « croire » que du fait de « soupçonner ». J’incline à convenir avec le lord juge Sedley, qui se prononce dans *Al-Sirri c. Secretary of State for the Home Department* [2009] Imm AR 624, par. 33 :

« [L’expression utilisée] établit une norme plus stricte et il doit y avoir plus qu’un soupçon. Pour le reste, on s’efforce à tort de paraphraser le libellé clair de la Convention : celle-ci doit être interprétée en fonction de son libellé. »

[102] In our view, this unique evidentiary standard is appropriate to the role of the Board and the realities of an exclusion decision addressed above. The unique evidentiary standard does not, however, justify a relaxed application of fundamental criminal law principles in order to make room for complicity by association.

### III. Conclusion

[103] For the foregoing reasons, we would allow the appeal, with costs throughout, and remit the matter to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board for redetermination in accordance with these reasons. A new panel shall apply the contribution-based test for complicity outlined above. A detailed assessment is required to determine whether the particular facts of this case establish serious reasons for considering that the *actus reus* and *mens rea* for complicity are present and therefore justify excluding the appellant from the definition of refugee by operation of art. 1F(a) of the *Refugee Convention*.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellant: Jared Will, Montréal; Boisclair & Legault, Montréal; Peter Shams, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: Waldman & Associates, Toronto; United Nations High Commissioner for Refugees, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Amnesty International: Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa; South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Centre for International Justice and the International*

[102] À notre avis, cette norme de preuve particulière est appropriée eu égard au rôle de la Commission et à la réalité d'un refus d'asile dont nous faisons état dans les présents motifs. Toutefois, elle ne justifie pas un assouplissement des principes fondamentaux du droit pénal qui reconnaîtrait la complicité par association.

### III. Conclusion

[103] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de renvoyer l'affaire à la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour qu'elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs. Pour déterminer s'il y a eu complicité ou non, la nouvelle formation appliquera le critère fondé sur la contribution exposé précédemment. Elle se livrera à un examen approfondi afin de déterminer si les faits particuliers de l'espèce établissent l'existence de l'*actus reus* et de la *mens rea* de la complicité et justifient ainsi le refus à l'appelant de la protection des réfugiés par application de l'art. 1Fa) de la *Convention relative aux réfugiés*.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs de l'appelant : Jared Will, Montréal; Boisclair & Legault, Montréal; Peter Shams, Montréal.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : Waldman & Associates, Toronto; Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Amnistie Internationale : Services juridiques communautaires du Centre d'Ottawa, Ottawa; Services juridiques communautaires du Sud d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Centre canadien pour la justice internationale et International*

*Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law: Torys, Toronto; University of Toronto, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: University of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Canadian Civil Liberties Association, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: University of Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.*

*Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law : Torys, Toronto; University of Toronto, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : University of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Association canadienne des libertés civiles, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Université d'Ottawa, Ottawa; Refugee Law Office, Toronto.*