

---

## **NOTES POUR L'ALLOCUTION PRONONCÉE CONCERNANT LE CANADA ET LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME**

*Par Nurjehan Mawani\**

Mesdames, Messieurs,

C'est avec grand plaisir que je m'adresse à vous à l'occasion du cinquantième anniversaire de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (la *Déclaration*). Rarement un document unique aura-t-il influé aussi profondément sur l'esprit et le comportement de la communauté internationale. Au cours du demi-siècle qui s'est écoulé depuis son adoption, la *Déclaration* a lentement modifié nos modes de pensée, et, partant, nos comportements. Cela s'est fait par l'utilisation du langage des droits de la personne dans les échanges entre les pays ainsi que dans les dialogues au sein des frontières nationales.

La *Déclaration* a énoncé les valeurs fondamentales reflétant un consensus international sur la dignité inhérente à tous les êtres humains. Elle a été décrite comme le document principal du mouvement en faveur des droits de la personne et en est devenue la constitution. Elle sert de fondement aux *Pactes auxiliaires*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC), ainsi qu'à bon nombre de conventions des Nations Unies adoptées ultérieurement, notamment la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEFD) et la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE). Son influence sur l'élaboration des droits de la personne est indéniable.

La *Déclaration* n'a jamais été conçue pour être un instrument ayant force obligatoire. Le but visé était qu'on puisse s'en servir comme jalon pour élaborer des traités qui seraient ratifiés par des États et, de ce fait, auraient un poids juridique<sup>1</sup>. L'adoption de la *Déclaration* par l'Assemblée générale en 1948 en a fait un document destiné à n'exercer qu'une influence morale et politique sur les États membres<sup>2</sup>. Toutefois, la période de vingt-huit ans qui s'est écoulée entre la date de l'adoption de la *Déclaration* et la prise d'effet des deux principaux *Pactes* a fait de celle-ci le seul instrument général sur les droits de la personne disponible pendant presque trois décennies. En conséquence, la *Déclaration* demeure l'instrument sur les droits de la personne le plus souvent cité<sup>3</sup>.

---

\* Présidente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. J'aimerais souligner l'aide que m'a apporté Lori Disenhouse de nos Services juridiques dans la préparation de ce document.

<sup>1</sup> H.J. Steiner, Alston, P., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, New York, Oxford University Press, 1996 à la p. 120.

<sup>2</sup> *Ibid.* à la p. 119.

<sup>3</sup> *Ibid.* à la p. 120.

La *Déclaration* est-elle un document à caractère très convaincant ou a-t-elle force obligatoire ? Voilà une question qui fait l'objet de débats dans le milieu universitaire. Selon certains auteurs, le fond de la *Déclaration* doit être considéré comme du droit coutumier dans son intégralité<sup>4</sup>. Une telle opinion lui reconnaîtrait un caractère obligatoire à l'égard de toutes les nations. Par contre, pour d'autres, la *Déclaration* n'a pas, à proprement parler, force obligatoire, mais possède seulement une force morale et politique<sup>5</sup>. Il ne faut toutefois pas sous-estimer cette force, car elle rend compte du fait que les idéaux sur les droits de la personne ont profondément inspiré la pratique et la théorie des politiques internationales. L'aide au développement international est devenue tributaire d'une amélioration des comportements en matière de respect des droits de la personne dans les pays bénéficiaires, et la légitimité des gouvernements est évaluée selon leur respect des normes internationales sur les droits de la personne<sup>6</sup>. Les chefs d'État réprimandent d'autres États souverains pour leurs piétres comportements en matière de droits de la personne et les exhortent à les améliorer. Nous sommes témoins de la montée du paradigme des droits de la personne sur la scène internationale.

---

## I. L'adoption des valeurs liées aux droits de la personne au Canada

Si techniquement la *Déclaration* n'est pas un document d'application obligatoire par les tribunaux canadiens, les droits qui y sont énoncés, ainsi que dans les conventions ultérieures, ont souvent été invoqués par les tribunaux et ont eu des incidences tangibles et continues sur le processus décisionnel. Au Canada, de plus en plus de renvois sont faits aux droits internationaux de la personne dans les décisions rendues par tous nos tribunaux, et on a recours à la jurisprudence des organismes internationaux des droits de la personne pour interpréter les normes nationales en matière de droits de la personne<sup>7</sup>.

L'influence profonde des droits internationaux de la personne sur la jurisprudence canadienne est peut-être encore plus manifeste quand il s'agit des questions liées aux immigrants et aux réfugiés. Dans une certaine mesure, cela s'explique par le lien étroit qui existe entre les droits de la personne et le mouvement des gens qui traversent les frontières nationales. Les droits de la personne jouent un rôle à presque toutes les étapes de la vie d'un réfugié. Il s'agit d'indicateurs essentiels des besoins en protection internationale que l'on peut prévoir pour déterminer le type de traitement auquel le réfugié peut s'attendre dans le pays

---

<sup>4</sup> B. Simma, Alston, P., «The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles» dans *Human Rights Law* à la p. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.* à la p. 6.

<sup>6</sup> *Ibid.* à la p. 3.

<sup>7</sup> L'honorable Antonio Lamer, C.P., juge en chef du Canada, «Enforcing International Human Rights Law: The Treaty System in the 21st Century», allocution prononcée au Centre for Refugee Studies, Université York, Toronto, Ontario, 22 juin 1997 à la p. 6.

d'asile<sup>8</sup>. Par exemple, la situation tragique des réfugiés découle d'une dégradation des normes de respect des droits de la personne dans le pays de nationalité. Une fois qu'un réfugié se trouve dans un pays d'asile, la perspective de ce pays à l'égard des droits de la personne influera sur la reconnaissance de son statut de réfugié. De même, les droits des immigrants de demeurer dans le pays de leur choix et les difficultés entraînées par leur expulsion soulèvent souvent des questions liées aux droits de la personne. Je vais axer mon exposé sur la façon dont la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) traite ces cas et intègre la perspective des droits de la personne dans les décisions se rapportant à ces questions.

Permettez-moi d'abord de vous parler brièvement de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission»). La Commission, un tribunal indépendant constitué par le Parlement du Canada, se compose de trois sections : la Section du statut de réfugié (SSR), la Section d'appel de l'immigration (SAI) et la Section d'arbitrage. Sa mission, accomplie au nom des Canadiens, est de rendre, avec efficacité et équité, des décisions éclairées sur des questions touchant les immigrants et les réfugiés, conformément à la loi. La SSR détermine si les revendicateurs admissibles au Canada sont des réfugiés au sens de la *Convention*. La SAI entend les appels de personnes à qui l'autorisation de séjour au Canada a été refusée ou qui ont été frappées d'une mesure de renvoi du Canada, et de citoyens canadiens et de résidents permanents dont des proches parents se sont vu refuser le droit d'établissement au Canada. La Section d'arbitrage mène des enquêtes en matière d'immigration sur des personnes jugées non admissibles au Canada par des agents d'immigration.

Comme mon exposé sera axé sur les travaux de la SSR et de la SAI, permettez-moi de vous donner plus de renseignements sur ces deux sections. La SSR reçoit environ 25 000 revendications du statut de réfugié par année qui sont traitées par près de 170 commissaires de la SSR, nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat d'une durée variant entre 2 et 5 ans. La Commission a recours à un processus non contradictoire qui s'apparente à une enquête sur les revendications présentées. Le tribunal s'emploie d'abord à évaluer si la personne revendicatrice répond à tous les critères établis dans la définition de réfugié au sens de la *Convention* et si elle a une crainte de persécution fondée sur un motif prévu à la *Convention* dans les cas où elle ne peut se prévaloir de la protection dans son pays de nationalité.

Lorsque la décision est favorable, le statut de réfugié est reconnu à la personne revendicatrice, qui peut alors demander la résidence permanente au Canada. Si la décision est défavorable, cette personne peut présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision à la Cour fédérale du Canada si la demande d'autorisation à cet égard est accueillie. La personne revendicatrice du statut de réfugié déboutée peut également demander à la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration l'autorisation de demeurer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire ou pour d'autres motifs.

---

<sup>8</sup> Richard Towle, «Human Rights Standards: A Paradigm for Refugee Protection?», Human Rights and Forced Displacement Conference, Centre for Refugee Studies, Université York, Toronto, Ontario, 7 mai 1998 à la p. 7.

Plus de 4 000 appels en immigration par année sont interjetés devant la SAI et sont entendus par environ 30 commissaires nommés, eux aussi, par le gouverneur en conseil pour des mandats dont la durée varie entre 2 et 5 ans. La SAI a recours à un processus contradictoire où l'appelant est représenté par un conseil, et la ministre, par un agent d'audience. Dans les appels de mesures d'expulsion, la SAI examine deux moyens d'appel. Premièrement, les commissaires cherchent à déterminer s'il y a preuve d'une erreur de fait ou de droit. Deuxièmement, si l'appelant ne réussit pas à établir qu'il y a une erreur dans la décision, il peut avoir droit à l'octroi d'une mesure spéciale si les circonstances justifient son non-renvoi du Canada.

Si l'appelant réussit à montrer que la mesure d'expulsion n'est pas valide en droit, l'ordonnance est annulée. Si l'appelant est débouté sur ce point, mais réussit, après l'examen des faits, à obtenir l'octroi d'une mesure spéciale, les commissaires peuvent soit annuler l'ordonnance, soit autoriser un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi. Un échec de ces deux moyens confirme la validité de la mesure de renvoi. Les décisions de la SAI peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale du Canada si la demande d'autorisation à cet égard est accueillie.

---

## II. Droits de la personne et système canadien en matière d'asile

Il est difficile de surestimer l'incidence du mouvement international en faveur des droits de la personne sur le processus de détermination du statut de réfugié au Canada. Cette influence peut se constater dans la perspective des droits de la personne prise en compte dans la jurisprudence établie par les tribunaux et la Commission. Cela a influé sur le mode d'interprétation des principaux critères de la définition de réfugié et, par le fait même, sur la portée de la définition. En outre, bon nombre des politiques et des procédures de la Commission se sont inspirées des traités internationaux sur les droits de la personne. Par conséquent, le Canada est à l'avant-garde du mouvement en faveur d'une intégration de la question des droits de la personne dans l'analyse de cas. Nous sommes également des leaders sur la scène internationale en ce qui a trait à l'établissement de directives favorisant une plus grande prise de conscience des droits de la personne dans les procédures nationales en matière d'asile.

Dès les toutes premières années de son histoire, la Commission a été initiée au concept d'intégration des droits internationaux de la personne dans son processus décisionnel. Dans les cours donnés aux commissaires, on a encouragé les renvois à la Charte internationale des droits de l'homme (la Commission mentionne la *Déclaration* et les deux *Pactes*) pour déterminer quels types de gestes constituent de la persécution. On s'est appuyé à cet égard sur les recherches de James Hathaway, selon qui le mot persécution, dans la définition de réfugié au sens de la *Convention*, doit être interprété à la lumière des droits de la personne.

[TRADUCTION] [...] on peut définir la persécution comme une violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne, traduisant une défaillance dans le système de protection de l'État. Une crainte fondée de persécution existe lorsqu'on peut raisonnablement prévoir que le fait de

---

demeurer au pays peut entraîner un risque grave, que le gouvernement ne peut ou ne veut empêcher [...]<sup>9</sup>.

En tentant de déterminer si un individu fait face à de la persécution, les commissaires de la Commission se demandent implicitement ou explicitement s'il y a eu violation des droits énoncés dans le PIDCP et le PIDESC ou dans d'autres conventions des Nations Unies (comme la CEFDF et la CDE). Autrement dit, les droits énoncés dans les instruments internationaux servent d'étalement pour mesurer les activités et vérifier s'il s'agit de persécution. Évidemment, les actes de violation des droits de la personne ne constituent pas tous de la persécution. Certains droits civils et politiques, comme le droit à la liberté (en cas de privation arbitraire de liberté) et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, sont des droits à l'égard desquels on ne tolère aucune dérogation, et toute violation de ces droits est considérée comme de la persécution. D'autres droits civils et politiques, comme la liberté d'expression et d'association, ou le droit de voter lors d'élections périodiques et autorisées, peuvent être violés dans les cas où l'exigent des situations d'urgence<sup>10</sup>. Dans ces circonstances, la violation des droits ne mènerait pas nécessairement à la conclusion qu'il y a eu persécution en autant que cette violation n'a pas dépassé les mesures d'intervention rigoureuses strictement prévues en cas d'urgence, ou que cette violation ne visait pas précisément un certain groupe particulier de gens<sup>11</sup>. Comme le respect des droits économiques, sociaux et culturels exige seulement que l'État prenne des mesures dans les limites maximales de ses ressources disponibles, des violations de ces droits ne seraient considérées comme de la persécution que si elles étaient fondées sur une répartition ou une application discriminatoire, si elles étaient répétitives ou si elles avaient de graves conséquences.

En réalité, il est parfois très difficile de déterminer quand une violation des droits de la personne devient de la persécution. Par exemple, la politique de l'enfant unique en Chine n'est pas, en soi, de la persécution. Il s'agit d'une politique ou d'une loi d'application générale visant à contrôler la hausse de la population. Toutefois, les moyens utilisés par l'État pour appliquer cette politique peuvent entraîner des violations des droits de la personne qui constituent de la persécution.

[...] si la punition ou le traitement imposé en vertu d'une règle d'application générale sont si draconiens au point d'être complètement disproportionnés avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution, et ce, indépendamment de la question de savoir si le but de la punition ou du traitement est la persécution. Camoufler la persécution sous un vernis de légalité ne modifie pas son caractère. La brutalité visant une fin légitime reste toujours de la brutalité<sup>12</sup>.

Les stérilisations ou les avortements forcés violent manifestement le droit à la sûreté d'une personne, énoncé dans la *Déclaration*. Dans le PIDCP, c'est un droit à l'égard duquel on ne tolère aucune dérogation. L'application d'une telle politique

---

<sup>9</sup> J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991 aux pp. 104-05.

<sup>10</sup> *Ibid.* à la p. 110.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Cheung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 à la p. 323.

avec imposition d'amendes ou de sanctions économiques et une application générale, sans discrimination, ne constituerait pas une grave violation des droits de la personne ni une application discriminatoire d'une politique.

Les codes vestimentaires adoptés par certains pays constituent un autre exemple de lois qui, en soi, ne constituent pas de la persécution, mais dont l'application peut entraîner de la persécution. Si la sanction prévue pour le non-respect d'un code vestimentaire est disproportionnellement élevée par rapport à la gravité de l'infraction, il a alors violation d'un droit fondamental de la personne. Selon l'article 5 de la *Déclaration*, «nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». Une disproportion entre l'infraction et la sanction indique qu'il y a eu violation des droits, donc persécution. En outre, si la punition pour non-respect du code vestimentaire s'applique seulement à un segment de la population, l'application discriminatoire de la loi constitue vraisemblablement de la persécution.

Par ailleurs, certaines lois ou pratiques sont foncièrement discriminatoires. Par exemple, dans certains pays, la loi interdit aux femmes d'obtenir la garde de leurs enfants dans le cas d'un divorce. Il s'agit d'une loi discriminatoire à l'égard des femmes et l'interdiction d'accès à leurs propres enfants peut équivaloir à de la persécution. Dans certaines cultures, la mutilation sexuelle constitue en soi de la persécution. Il s'agit d'une violation du droit d'une jeune fille à la sûreté de sa personne et à son intégrité physique.

Dans le passé, lorsque la Commission devait traiter des cas de la sorte, elle a décidé de jouer un rôle de leadership en déterminant que ces pratiques étaient discriminatoires, plutôt que de les considérer comme des pratiques internes auxquelles il ne fallait pas porter atteinte. À titre d'illustration, je vous cite le cas d'une mère somalienne et de ses enfants, cas dont nous avons été saisis en 1994 et illustrant le respect des droits de la personne dans le processus de détermination du statut de réfugié de la Commission. La mère ne voulait pas retourner en Somalie de crainte qu'on lui enlève la garde de ses enfants sous le régime d'une loi islamique stricte accordant le droit de garde absolue aux pères. La Commission a jugé qu'il s'agissait d'une grave violation des droits garantis à l'échelle internationale aux parents. En outre, ses filles auraient pu subir la mutilation sexuelle, ce qui constituerait une violation de l'article 3 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, soit le droit à la sûreté de sa personne, et des articles 37, 19 et 24 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>13</sup>.

En examinant ces exemples, l'on peut se demander si nous nous engageons dans une forme d'impérialisme culturel. Il a déjà été allégué qu'il n'était aucunement de notre ressort de juger des pratiques adoptées par d'autres États souverains. Malgré tout, ce sont précisément ces embûches que nous pouvons éviter grâce aux normes sur les droits de la personne convenues à l'échelle internationale. L'existence même de normes internationales est la preuve qu'une entente collective a été conclue sur des normes fondamentales de comportement à l'égard des citoyens. Cela nous aide à

<sup>13</sup> *B. (P.V.)*, [1994] C.R.D.D. n° 12 (QL).

dépasser la notion que nous appliquons notre propre système de valeur, car il est évident, d'après les instruments de protection des droits de la personne, que nous appliquons des normes internationales. Ces normes nous donnent le pouvoir moral et juridique de prendre des décisions à propos de comportements considérés comme de la persécution.

Malgré l'approche intégrée à l'égard des droits de la personne adoptée par la Commission dans son processus de détermination du statut de réfugié, il est devenu évident que nous devions faire davantage. Des groupes marginalisés, dont les femmes et les enfants, n'étaient pas assez bien desservis. Même si nous considérons que les droits de la personne s'appliquaient à tous les individus, il fallait accorder une attention particulière aux femmes et aux enfants étant donné que la discrimination importante dont étaient victimes ces groupes n'était souvent pas prise en compte ni considérée comme une violation des droits de la personne. La jurisprudence ayant trait à la signification de persécution dans le contexte de la définition d'un réfugié en droit international a été établie grosso modo en s'appuyant principalement sur les expériences vécues par des revendicateurs masculins du statut de réfugié, même si la grande majorité des réfugiés dans le monde sont des femmes et des enfants.

Nous réalisons que les femmes sont souvent victimes d'une persécution différente de celle des hommes et qu'il existe certaines violations des droits de la personne à l'égard desquelles elles sont particulièrement vulnérables. En outre, certaines violations des droits de la personne dirigées contre les femmes n'étaient pas reconnues comme telles. Quant aux enfants, nous avons compris qu'il nous fallait changer nos méthodes de traitement de leurs revendications afin d'harmoniser nos pratiques avec celles de la CDE, de répondre à leurs besoins particuliers et de tenir compte de leur vulnérabilité. L'article 3 de la CDE établit le principe directeur suivant : dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Nous avons voulu intégrer ces principes dans nos procédures d'audience afin que, dans toutes les questions de procédure soulevées devant la Commission, l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale.

À la Commission, nous avons eu l'occasion de traiter de ces questions grâce au pouvoir législatif dont je dispose, en tant que présidente, de donner des directives aux décideurs pour les aider dans leur travail. J'ai publié trois séries de directives se rapportant au domaine des réfugiés : la première, intitulée «*Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*», a été diffusée en 1993 et mise à jour en 1996. La deuxième, *Directives concernant les civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile*, a paru en 1996, et la troisième, *Directives sur les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, sortie en 1996. La Commission a été le premier organisme de détermination du statut de réfugié à diffuser des directives sur ces questions à l'intention de ses décideurs. Ces directives renvoient les décideurs aux instruments et dispositions relatifs aux droits fondamentaux des femmes et des enfants. Elles soulignent le fait que la seule existence des instruments internationaux relatifs aux droits de la

---

personne ne suffit pas en soi à assurer leur application à ceux qui ont besoin de protection.

Ces directives nous ont permis d'atteindre notre objectif, qui était de sensibiliser les décideurs au fait que le vécu des femmes et des enfants différait souvent de celui des hommes. Ayant déterminé qu'une documentation adéquate était nécessaire pour ces revendications, nous avons entrepris de dispenser à nos décideurs une formation sur les réalités culturelles et sur les questions propres aux femmes. Nous avons estimé qu'il nous revenait d'élaborer des directives qui situeraient les violations des droits fondamentaux vécues par les femmes dans un cadre international des droits de la personne et qui appuieraient le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, tellement fondamental aux droits de l'enfant.

Étant donné notre approche concernant les droits de la personne dans le traitement des revendications du statut de réfugié et la diffusion des directives, la Commission a rendu des décisions faisant jurisprudence, qui intègrent le droit en matière de droits de la personne à la détermination du statut de réfugié. L'intégration est évidente dans l'analyse que fait la Commission de la revendication d'une Zimbabwéenne qui été forcée d'épouser un homme que lui avaient choisi ses parents et qui lui a fait subir de la violence physique, sexuelle et mentale. Ce genre de mariage arrangé entre dans la tradition de ce pays, et la preuve documentaire indique qu'il était peu probable qu'elle obtienne une protection de l'État. La Commission s'est appuyée sur les *Directives sur les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* pour faire valoir que :

Les normes sociales, culturelles, traditionnelles et religieuses et les lois qui touchent les femmes et qui sont établies par le pays d'origine de la revendicatrice devraient être évaluées d'après les instruments sur les droits de la personne qui permettent de déterminer les normes internationales relatives à la reconnaissance des besoins des femmes en matière de protection.

La Commission a en outre invoqué l'article 16 de la *Déclaration* et l'article 16.1 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, qui énoncent clairement le droit de choisir librement un conjoint et de se marier de son plein gré, et a déterminé que le fait de forcer une femme à contracter mariage contre son gré était une violation de ses droits de la personne et constituait de la persécution dans un pays où elle ne pouvait se prévaloir de la protection de l'État<sup>14</sup>.

Dans le cas d'une mère et de sa fille, d'origine bulgare, la mère a témoigné que pendant qu'elle était mariée, elle a eu à subir des sévices de la part de son conjoint et qu'elle n'a pu se prévaloir de la protection de l'État. L'enfant a également été maltraitée par son père. La Commission a invoqué la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, les Directives de la Commission concernant les *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* et le Rapport du Comité des Nations Unies pour

---

<sup>14</sup> SSR U96-05686, Simeon, 29 septembre 1997.

---

l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Elle a fait valoir que la mère avait un droit internationalement reconnu à être protégée contre la violence conjugale et que le refus de cette protection constitue une forme de discrimination sexuelle. En ce qui concerne l'enfant, le tribunal a fait référence à la CDE et a jugé que l'État avait omis de protéger l'enfant contre les sévices physiques et psychologiques associés à la violence du père<sup>15</sup>.

L'approche de la Commission concernant les droits de la personne dans le traitement des revendications du statut de réfugié est encouragée et confirmée par des décisions de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada. Dans *Ward*, la Cour suprême du Canada établit clairement une norme d'interprétation du droit des réfugiés dans le cadre des droits de la personne. La Cour a écrit : «La Convention repose sur l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. [...] Ce thème fixe les limites de bien des éléments de la définition de l'expression "réfugié au sens de la Convention"».

La Cour a également examiné un des motifs de discrimination énumérés dans la *Convention*, soit celui de l'appartenance à un groupe social, et a indiqué que le sens donné à l'expression «groupe social» «devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés». Autrement dit, la négation systémique de protection de ses droits fondamentaux à un groupe de personnes peut faire de ce groupe un groupe social. À la Commission, nous avons appliqué le concept de groupe social lorsque le groupe était défini par son statut marginal par rapport à sa capacité d'exercer ses droits humains fondamentaux.

Deux exemples récents illustrent l'évolution de la position de la Commission dans ce domaine. Dans une décision concernant des enfants somaliens, le tribunal a noté que pour des enfants qui sont vulnérables et incapables de prendre soin d'eux-mêmes, le degré de protection qui doit leur être assuré est plus élevé que celui qui est nécessaire pour des adultes<sup>16</sup>. De même, il a été déterminé que des enfants somaliens sans protection familiale faisaient partie d'un groupe social en raison de leur extrême vulnérabilité<sup>17</sup>.

Il y a quelques années, la Commission n'aurait vraisemblablement pas conclu que des femmes ou des enfants appartiennent à un groupe social du fait de leur vulnérabilité, mais depuis l'établissement de nos directives, renforcées par la décision de la Cour suprême dans *Ward*, nous comprenons beaucoup mieux le lien entre la discrimination contre un segment de la société et le motif de l'appartenance à un groupe social énoncé dans la *Convention*<sup>18</sup>. La décision établit clairement le lien entre la marginalisation de groupes définis par une caractéristique innée ou immuable

---

<sup>15</sup> *B. (T.D.)*, [1994] C.R.D.D. n° 391 (QL).

<sup>16</sup> *W.M.I.*, [1997] C.R.D.D. n° 113 (QL).

<sup>17</sup> *T.D.T.*, [1997] C.R.D.D. n° 254 (QL).

<sup>18</sup> *Canada (P.G.) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 à la p. 734.

comme le sexe, les antécédents linguistiques et l'orientation sexuelle, et les motifs de la *Convention*<sup>19</sup>.

Des femmes qui craignent de subir des préjudices, mais qui ne peuvent se prévaloir de la protection de l'État parce que, dans leur pays, elles sont victimes de pratiques discriminatoires eu égard à la protection, ont également obtenu le statut de réfugié au sens de la *Convention*. C'est en raison de l'absence de protection de l'État que le tribunal a accordé le statut de réfugié au sens de la *Convention* à une Egyptienne illétrée et sans instruction qui était battue par son mari<sup>20</sup>. Le tribunal n'est pas allé jusqu'à conclure que les femmes battues en Égypte ne peuvent pas obtenir la protection de l'État : selon la preuve documentaire, les femmes possédant une preuve médicale peuvent avoir recours aux tribunaux égyptiens. Toutefois, la preuve documentaire indiquait également que la réaction de la police dépendait du statut social de la femme concernée; plus la classe sociale à laquelle la femme appartient est basse, plus la violence exercée à son égard est acceptable et moins le juge sera porté à lui accorder un divorce qui lui permettrait d'échapper à cette violence. Compte tenu du fait que la revendicatrice appartenait à l'une des classes sociales les plus pauvres, la Commission a conclu qu'elle n'aurait probablement pas obtenu de protection si elle avait demandé l'aide de la police. Ce genre de décisions permet de constater que la Commission reconnaît non seulement à tous la protection de leurs droits, mais que chacun, sans discrimination, peut jouir d'une protection.

Dans plusieurs décisions, la Cour fédérale a encouragé notre approche concernant les droits de la personne dans le traitement des revendications du statut de réfugié. En fait, dans le cadre d'un contrôle judiciaire d'une décision concernant un revendeur sikh de 17 ans, la Cour fédérale a enjoint la Commission de tenir compte de la CDE pour décider s'il était raisonnable de s'attendre à ce que le revendeur, un mineur, puisse vivre loin de sa famille et de son foyer pour se mettre à l'abri du danger<sup>21</sup>.

Dans une autre décision, la Cour fédérale a ordonné que le statut de réfugié soit reconnu à une enfant privée du droit à l'éducation pour des raisons discriminatoires. Dans ce cas, une enfant afghane de 9 ans aurait été privée de son droit à l'éducation en raison de son appartenance au groupe des femmes si elle était retournée en Afghanistan. La Cour a déclaré que l'éducation était un droit fondamental et que la privation de ce droit constituait de la persécution. Cette approche de la Cour illustre clairement à quel point nos décideurs, des tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires, considèrent la négation des droits humains fondamentaux comme de la persécution<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> *Ibid.* à la page 739; la Cour a énuméré les groupes de personnes qui feraient partie des trois catégories d'un groupe social. La première catégorie comprendrait les personnes qui craignent d'être persécutées pour des motifs comme le sexe, les antécédents linguistiques et l'orientation sexuelle. La deuxième comprendrait les «groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association», y compris les défenseurs des droits de la personne.

<sup>20</sup> *U.I.M.*, [1995] C.R.D.D. n° 132 (QL).

<sup>21</sup> *Sahota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 869 (QL).

<sup>22</sup> *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1392 (QL).

---

Ces décisions de la Commission et des tribunaux marquent bien l'engagement du Canada à appliquer les normes internationales au processus décisionnel de notre pays. En conséquence, ce n'est pas simplement dans l'interprétation du mot «persécution» dans le contexte de la définition de réfugié au sens de la *Convention* que nous, à la Commission, avons eu recours aux principes des droits de la personne, mais dans l'interprétation des motifs, notamment l'appartenance à un groupe social, et la possibilité de bénéficier de la protection de l'État également.

Comme vous pouvez le constater, la voie tracée en vue de l'utilisation d'un paradigme des droits de la personne dans le processus de détermination du statut de réfugié à la Commission était intentionnelle, et non le fait d'un hasard. Les initiatives à cet égard sont nombreuses, à commencer par la formation dispensée aux commissaires, qui met l'accent sur les droits de la personne, jusqu'à la diffusion des directives. Nous nous sommes toujours efforcés d'adopter une position universelle, de principes, conforme à l'esprit de la *Convention*. Nous avons toujours été convaincus que la violation de certains droits fondamentaux contenus dans des ententes et instruments internationaux peut s'apparenter à de la persécution. Depuis le début, les décideurs utilisent cette approche analytique dans le traitement des revendications du statut de réfugié. La Commission fait figure de précurseur sur la scène internationale en rapprochant droits de la personne et détermination du statut de réfugié. J'estime qu'il faut poursuivre dans cette voie si l'on veut maintenir l'intégrité du système international de détermination du statut de réfugié. On retrouve logiquement dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne les normes sur lesquelles on se fonde pour évaluer la façon dont une nation traite ses citoyens. Ils fournissent un cadre cohérent, universel et raisonné sur lequel on se base pour interpréter les actes de persécution et fixer une borne, acceptable à l'échelle internationale, pour les comportements qui séparent un acte tolérable d'un acte de persécution. Une utilisation accrue des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne ratifiés par la communauté internationale amenuiseraient les écarts concernant les taux d'acceptation de pays comparables et limiterait les incohérences à l'intérieur d'un même pays lorsqu'on a affaire à des revendications de même type.

### III. Incidence des droits de la personne sur les renvois

Dans le domaine de l'immigration, l'incidence des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne peut se vérifier dans les décisions relatives aux appels des mesures d'expulsion. Par exemple, il y a le cas des parents d'un enfant né au Canada qui font l'objet d'une mesure d'expulsion. Il s'agit pour nous de déterminer si les enfants ont le droit de faire valoir que l'expulsion de leurs parents viole leurs propres droits en vertu de la CDE. Aux termes de la CDE, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Dans deux arrêts<sup>23</sup> de la Cour fédérale, dans lesquels

---

<sup>23</sup> *Langner c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (1995) 184 N.R. 230 et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 127 (C.A.).

des enfants nés au Canada étaient touchés par la mesure d'expulsion prise contre leurs parents, la Cour a déterminé que la CDE ne s'appliquait pas dans la décision d'expulser les parents, étant donné que les enfants n'étaient pas visés par la mesure d'expulsion et que les dispositions de la CDE ne font pas partie des lois canadiennes. La Cour a statué qu'elle n'avait pas à prendre en considération le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'un de ces cas, la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision. L'autre cas, *Baker*, fait actuellement l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada, qui n'a pas encore fait connaître sa décision.

La Division générale de la Cour de l'Ontario a rendu une décision tout à fait à l'opposé des deux cas précédents, malgré que les faits soient analogues<sup>24</sup>. La Cour a déterminé qu'à l'évidence, les enfants étaient concernés par les procédures d'expulsion contre leurs parents et a demandé à la Cour fédérale de prendre en considération le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant énoncé dans la CDE dans le contrôle judiciaire des décisions relatives à l'expulsion mettant en cause des enfants. L'appel doit être entendu par la Cour d'appel de l'Ontario en janvier 1999.

Une question encore sans réponse consiste à savoir si, en examinant les appels des mesures d'expulsion, la SAI peut prendre en compte des instruments relatifs aux droits de la personne qui proscriivent le renvoi d'une personne dans un pays où elle pourrait faire l'objet de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Lorsqu'elle est saisie d'un appel, la SAI examine la régularité de la procédure d'une mesure de renvoi et les circonstances particulières de l'espèce. Cette dernière évaluation vise essentiellement des considérations humanitaires, mais rien ne permet de préciser si ce tribunal a compétence pour examiner les conséquences préjudiciables pour la personne à son retour dans son pays de nationalité<sup>25</sup>.

Dans une décision récente, la Cour fédérale a invoqué l'applicabilité de la *Convention contre la torture*<sup>26</sup>. Il s'agit de l'expulsion d'un revendeur qui a obtenu le droit d'établissement en 1991 et qui, par la suite, a été déclaré coupable de trafic de stupéfiants. Un avis de danger a été donné par le ministre, et le requérant a été frappé d'une mesure d'expulsion. Lors du contrôle de l'avis de danger du ministre et de la mesure d'expulsion, la Cour a statué que le requérant avait droit à une appréciation du risque, ce qui permet d'établir s'il risque d'être torturé à son retour dans son pays. La Cour a fait valoir que la *Convention contre la torture*, même si elle ne fait pas partie du droit interne du pays, a inspiré les articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce cas indique sans doute la tendance visant à faire intervenir les instruments internationaux sur les droits de la personne dans les décisions concernant les personnes visées par une mesure d'expulsion. Le traitement réservé aux personnes lorsqu'elles sont renvoyées du Canada semble être pour la Commission une considération pertinente. Nous attendons des clarifications de la Cour d'appel fédérale dans cet important domaine.

<sup>24</sup> *Francis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (1998) 40 O.R. (3d) 74.

<sup>25</sup> *Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 632 (QL) et *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1680 (QL).

<sup>26</sup> *Rarhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 315.

À la Commission, nous avons adopté, de façon inconditionnelle, le concept suivant lequel, pour nous acquitter de nos obligations prévues par la Loi, nous devons comprendre les droits fondamentaux en matière de droits de la personne. Les droits de la personne servent de normes pour mesurer la manière dont une nation traite ses citoyens et nos obligations envers nos concitoyens. Les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne sont rédigés dans une langue cohérente, raisonnée et universelle; ils émanent d'une source neutre et très respectée. Nous, à la Commission, sommes très fiers du rôle de chef de file que nous avons joué en intégrant les droits de la personne à notre travail important dans les domaines de la détermination du statut de réfugié et des appels relatifs à l'immigration.

---

## **NOTES FOR THE REMARKS CONCERNING CANADA AND THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS**

*By Nurjehan Mawani\**

Good morning, ladies and gentlemen.

It is a pleasure to address you on this occasion of the 50<sup>th</sup> anniversary of the *Universal Declaration of Human Rights (Declaration)*. Rarely has a single document had such profound influence upon the psyche and behaviour of the community of nations. In the 50 years since its inception, the *Declaration* has slowly shaped the way we think, and subsequently, the way we behave. It has done so by introducing the language of human rights into the discourse among nations and into the dialogue within national borders as well.

The core values reflecting international consensus on fundamental human dignity were captured in the *Declaration*. It has been described as the parent document of the human rights movement and has achieved the status of the constitution of that movement. It forms the foundation for the corollary Covenants, *The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* and *The International Covenant on Social, Economic, and Cultural Rights (ICSECR)*, and many subsequent UN conventions such as *The Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, and *The Convention on the Rights of the Child (CRC)*. Its impact upon the development of human rights law is irrefutable.

The *Declaration* was never meant to be a legally binding instrument. The plan was to use it as a springboard to treaties that would be subject to state ratification and thereby have legal weight.<sup>1</sup> The adoption of the *Declaration* by the UN General Assembly in 1948 made it a document capable of only exerting moral and political influence on member states.<sup>2</sup> However, the fact that it took 28 years from the date of the adoption of the *Declaration* until the two principal Covenants, the *ICCPR* and *ICSECR* (*Covenants*), became effective, made the *Declaration* the only broad-based human rights instrument available for almost three decades. As a result, it remains the single most invoked human rights instrument.<sup>3</sup>

There is some debate among academics as to whether the *Declaration* remains only a highly persuasive document or has become legally binding. Some writers postulate that the substance of the *Declaration* is to be regarded as customary

---

\* Chairperson, Immigration and Refugee Board. I would like to acknowledge the assistance of Lori Disenhouse of the IRB's Legal Services in the preparation of these remarks.

<sup>1</sup> H.J. Steiner & P. Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, (New York: Oxford University Press, 1996) at 120.

<sup>2</sup> *Ibid.* at 119.

<sup>3</sup> *Ibid.* at 120.

law in its entirety.<sup>4</sup> Such a view would make it binding upon all nations. Others opine that the *Declaration* in formal terms is not legally binding but possesses only moral and political force.<sup>5</sup> Such force is not to be underestimated. It accounts for the fact that human rights ideals deeply inform both the practice and theory of international politics. International development assistance has become dependent on improved human rights records of beneficiary countries and the very legitimacy of governments is assessed on the basis of their compliance with international human rights norms.<sup>6</sup> National leaders admonish other sovereign states for their poor human rights records and exhort them to improve. What we have witnessed is the ascendancy of a human rights paradigm in the international arena.

## I. The Adoption of Human Rights Values in Canada

---

While the *Declaration* may not be technically binding upon Canadian courts and tribunals, the rights articulated within it and within subsequent conventions have formed the basis of much judicial reference and have had a tangible and continued impact on decision-making. In Canada, we find increased references to international human rights in the decisions of all our courts and the use of the jurisprudence of international human rights bodies in the interpretation of domestic human rights norms.<sup>7</sup>

Perhaps nowhere as dramatically as in the field of refugee and immigration matters does one see the profound influence of international human rights on Canadian jurisprudence. To some extent, this is a function of the close connection between human rights and the movement of peoples across national borders. Human rights play a role in almost every stage of a refugee's experience. They are crucial markers for identifying the need for international protection, and can be anticipated to shape the kind of treatment a refugee may expect in the country of asylum.<sup>8</sup> For example, the plight of refugees stems from a breakdown of human rights standards in the country of nationality. Once a refugee is in a country of asylum, that country's perspective on human rights entitlements will affect the refugee's access to refugee status. Similarly, the rights of immigrants to remain in their country of choice and the difficulties surrounding removals of immigrants often raise human rights issues. How we at the Immigration and Refugee Board (Board or IRB) deal with these cases and how we incorporate a human rights perspective into decisions on these matters will be the focus of my remarks.

---

<sup>4</sup> B. Simma & P. Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles" in *Human Rights Law*, p. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.* at 6.

<sup>6</sup> *Ibid.* at 3.

<sup>7</sup> Rt. Hon. Antonio Lamer, P.C., Chief Justice of Canada, "Enforcing International Human Rights Law: The Treaty System in the 21st Century", Address delivered at Centre for Refugee Studies, York University, Toronto, Ontario, June 22 1997 at 6.

<sup>8</sup> Richard Towle, "Human Rights Standards: A Paradigm for Refugee Protection?", Human Rights and Forced Displacement Conference, Centre for Refugee Studies, York University, Toronto, Ontario, May 7 1998 at 7.

Let me take a moment at this point to briefly tell you about the Canadian Immigration and Refugee Board. The Board is an independent tribunal established by the Parliament of Canada and is comprised of three divisions; the Convention Refugee Determination Division (CRDD), the Immigration Appeal Division (IAD), and the Adjudication Division. Its mission, on behalf of Canadians, is to make well reasoned decisions on immigration and refugee matters, efficiently, fairly and in accordance with the law. The CRDD determines whether eligible claimants in Canada are *Convention refugees*. The IAD hears appeals from persons denied entry to or ordered removed from Canada, and from Canadian citizens and permanent residents whose close family members have been denied permanent residence in Canada. The Adjudication Division conducts independent immigration inquiries in respect of persons who have been found inadmissible to Canada by immigration officials.

Since my remarks will focus on the work of the CRDD and IAD, allow me to go into a little more detail with respect to these two divisions. The CRDD receives approximately 25,000 refugee claims annually, which are decided by about 180 CRDD Board members appointed by the Governor-in-Council for a period of 2 to 5 years. The process before the Board is non-adversarial and in the nature of an inquiry into the person's claim. The primary focus is to evaluate if the claimant has established all the requisite elements of the *Convention refugee* definition; a well-founded fear of persecution, based on a *Convention* ground, where protection is unavailable to the claimant from her country of nationality.

If the decision is positive, the claimant obtains refugee status and can apply for permanent residence status in Canada. If the decision is negative, the claimant can apply to have the decision reviewed by the Federal Court of Canada, with leave. A failed refugee claimant can also apply to the Minister of Citizenship and Immigration to be allowed to remain in Canada on humanitarian and other grounds.

The IAD receives upwards of 4,000 immigration appeals a year. There are approximately 30 IAD Board members who hear these cases and they, as well, are appointed by the Governor-in-Council for a period of 2 to 5 years. The process in front of the IAD is adversarial, with the appellant represented by counsel and the Minister represented by a hearings officer. In deportation appeals, the IAD considers two grounds of appeal. First, the decision is reviewed for evidence of an error of fact or law. Second, if the appellant fails to establish an error in the decision, he or she is entitled to discretionary relief if there are special circumstances for which the person should not be removed from Canada.

If the appellant is successful in arguing that the deportation order was not valid in law, the order is quashed. If the appellant fails on that count but succeeds on the discretionary review of the facts, the members may either quash the order or grant a stay of removal. A failure on both grounds results in a valid removal order. Decisions of the IAD are open to judicial review by the Federal Court of Canada with leave.

## II. Human Rights and the Canadian Asylum System

It is difficult to over-state the impact of the international human rights movement upon the Canadian refugee determination system. The influence can be seen in the human rights perspective that has been brought to bear upon the development of case law, at the level of both the courts and the Board jurisprudence. It has informed the manner in which the key criteria of the refugee definition have been interpreted, and thus it has also influenced the scope of the definition. In addition, many of the policies and procedures of the Board have been shaped by international human rights treaties and, as a consequence, Canada has been at the forefront of the movement to integrate a human rights approach into legal case analysis. We have also been world leaders in issuing guidelines that promote sensitivity to human rights in our domestic asylum procedures.

---

The Board was introduced to the concept of incorporating international human rights in its decision-making very early on in its history. The training given to members encouraged referencing to the International Bill of Rights (the IBR refers to the *Declaration* and the *Covenants*) when determining what kinds of acts constitute persecution. This approach was based on the academic work of Professor James Hathaway, who argued that the term persecution in the *Convention* definition must be interpreted from a human rights perspective:

[P]ersecution may be defined as the sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection. A well-founded fear of persecution exists when one reasonably anticipates that remaining in the country may result in a form of serious harm which the government cannot or will not prevent.<sup>9</sup>

When trying to determine whether a particular individual faces persecution, Board members ask, implicitly or explicitly, whether rights set out in the *ICCPR* and the *ICSECR* or other UN conventions (such as *CEDAW* and *CRC*) have been violated. In other words, the rights set out in international instruments are the yardsticks against which activities are measured to ascertain if they are persecutory. Of course, not every violation of a human right is persecutory. Some civil and political rights, such as the right to freedom from arbitrary deprivation of life, and freedom of thought, conscience and religion are considered non-derogable and any violations of those rights are persecutory. Other civil and political rights, such as freedom of expression and association, or the right to vote in periodic and genuine elections, may be violated when faced by the exigencies of an emergency situation.<sup>10</sup> In those circumstances, a violation of rights would not necessarily lead to a finding of persecution as long as the violation did not go beyond what was strictly required to respond to the emergency or was not applied in a discriminatory fashion to only certain groups of people.<sup>11</sup> Since economic, social and cultural rights require only

---

<sup>9</sup> J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, (Toronto: Butterworths, 1991) at pp. 104-05.

<sup>10</sup> *Ibid.* at 110.

<sup>11</sup> *Ibid.*

that the state take steps to the maximum of its available resources to implement them, violations of these rights will only be persecutory if based on discriminatory allocation or implementation and have a repetitive nature or serious consequence.

It is, in fact, sometimes quite challenging to identify at what point a violation of a human right becomes persecutory. For example, the one child policy in China is not inherently persecutory. It is a policy or law of general application aimed at controlling the escalation in population. However, the means used by the state to implement its policy may produce violations of human rights that are persecutory:

If the punishment or treatment under a law of general application is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory. This is so, regardless of whether the intent of the punishment or treatment is persecution. Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory. Brutality in furtherance of a legitimate end is still brutality.<sup>12</sup>

Forced abortions or forced sterilization clearly violate a person's right to security of the person, set out in the *Declaration* and in the *ICCPR* as a non-derogable right. Were the policy to be enforced by way of fines or economic penalty, and such enforcement applied to all in a non-discriminatory fashion, then we would not have a serious violation of human rights, nor a discriminatory application of a policy.

Yet another example of laws which on their face are not persecutory, but whose implementation may lead to persecution, are dress codes in certain countries. Where the punishment for violating a dress code is disproportionately harsh compared to the gravity of the offence, then a fundamental human right has been violated. Article 5 of the *Declaration* establishes the right not to be subjected to cruel, inhuman or degrading punishment, and a lack of proportionality between the offence and the punishment is an indicator of a persecutory violation of the right. Moreover, if the punishment for violation of the dress code is meted out only to one segment of the population, thereby evidencing a discriminatory application of the law, that too may be persecutory.

On the other hand, there are laws or practices that are inherently persecutory. For example, in some countries the law precludes women from gaining custody of their children in the event of a divorce. This is a law that discriminates against women, and the result of deprivation of access to one's children may be persecutory. The practice in some cultures of female genital mutilation (FGM) is on its face persecutory. It violates a young girl's right to security of the person and her physical integrity.

When faced with such cases in the past, the Board took a leadership role in finding these practices to be persecutory, instead of viewing them as internal practices with which one ought not to interfere. For example, a 1994 case involving a Somali mother and her children illustrates the Board's human rights approach to refugee

<sup>12</sup> *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 at 323.

determination. The mother feared that upon her return to Somalia her children would be taken away from her by virtue of strict Islamic law granting absolute custodial rights to fathers. The Board found this to be a serious violation of the claimant's internationally protected rights as a parent. Further, her daughters, who faced female genital mutilation, would have their rights to security of the person, under Article 3 of the *Declaration* and Articles 37, 19, and 24 of the *CRC*, violated.<sup>13</sup>

One might look at these examples and ask whether we are engaged in a form of cultural imperialism. It has been argued that we have no business passing judgement on another sovereign state's practices. Yet, this is precisely the pitfall that internationally agreed upon human rights norms help us avoid. The existence of international norms is evidence of a collective agreement on basic standards of behaviour owed to one's citizens. It allows us to get past the notion that we are applying our own value system, as there is clear evidence by way of human rights instruments that we are applying international standards. These standards or norms are what give us the moral and legal authority to make decisions about what constitutes persecutory behaviour.

Despite the integrated human rights approach taken at the Board with respect to refugee determination, it became clear to us that more was required. Marginalized groups, such as women and children, were not served well enough and we recognized that although human rights apply to all individuals, special attention had to be focussed on women and children since the severe discrimination aimed at these groups was often ignored or not understood to be a violation of human rights. The jurisprudence dealing with the meaning of persecution within the context of the definition of a refugee in international law had been developed, by and large, based primarily on the experiences of male refugee claimants, even though the vast majority of the world's refugees are women and children.

We recognized that women often experience persecution differently than men, and there are certain violations of human rights to which they are particularly vulnerable. Moreover, certain human rights violations, when directed against women, were not being recognized as such. With respect to children, we realized that our processing of their claims had to be changed to bring our practices in line with the provisions of the *CRC* and to accommodate the special needs and vulnerabilities of children. Article 3 of the *CRC* sets out the guiding principle that in all actions concerning children the best interests of the child must be the primary consideration. We wanted to incorporate this principle into our hearing procedures so that in all matters of procedure before the Board, the best interests of the child would be the primary consideration.

At the Immigration and Refugee Board, we had an opportunity to address these concerns through my legislative authority, as Chairperson, to issue Guidelines for decision-makers in order to assist them in their work. I have issued three sets of Guidelines which are relevant in the refugee context; the first, *Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, released in 1993, and

---

<sup>13</sup> *B. (P.V.)*, [1994] C.R.D.D. No. 12 (QL).

updated in 1996, the second, *Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations*, released in 1996, and the third, *Guidelines on Child Refugee Claimants*, released in 1996 (*Guidelines*). We were the first refugee determination system to issue guidelines to its decision-makers on these issues. The issuance of these *Guidelines* focused decision-makers on the specific human rights provisions and instruments relevant to women and children. They underscored the reality that the very existence of international human rights instruments is not enough on its own to ensure their application to those in need of protection.

Through these *Guidelines*, we have achieved our goal of sensitizing decision-makers to the reality of both women's and children's experiences, which often differ from the male paradigm. In addition, it prompted us to identify documentation needs for these claims, and embark upon cultural training and gender-specific training for our decision-makers. We felt it was incumbent upon us to develop guidelines that would clearly place human rights violations of women within an international human rights framework, as well as guidelines which would promote the principle of the best interests of the child, which is so fundamental to children's rights.

The combination of a human rights perspective in our approach to refugee determination and the issuance of the *Guidelines* have given rise to Board jurisprudence which integrates human rights law with refugee determination. This integration is evident in the Board's analysis of the claim of a Zimbabwean woman who was forced into an arranged marriage by her parents and suffered physical, sexual and mental abuse at the hands of her husband. Such arranged marriages were traditional in Zimbabwe and documentary evidence indicated she had very little chance of gaining assistance from the state. The Board looked to the *Guidelines on Women*, which direct that "the social, cultural, traditional and religious norms and the laws affecting women in the claimant's country of origin ought to be assessed by reference to human rights instruments which provide a framework of international standards for recognizing the protection needs of women." The Board then referred to Article 16 of the *Declaration* and Article 16.1 of *CEDAW*, which set out the right to freely choose a spouse and enter a marriage with full consent, and found that forcing a woman to marry against her will was a violation of her human rights and constituted persecution where no state protection was available to the woman.<sup>14</sup>

In the case of a Bulgarian mother and her daughter, the mother testified to being the victim of spousal abuse throughout her marriage and was unable to access state protection. The child had also been abused by her father. The Board referred to the UNITR, the UN *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, the IRB *Guidelines on Women* and the report of the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. It held that the mother had an internationally protected right to protection from domestic violence and failure to give that protection is a form of gender-based discrimination. With respect to the child, the Board referred to the *CRC* and held that

<sup>14</sup> CRDD U96 056686 Simeon, September 29, 1997.

the state had failed to protect her from the physical and psychological duress occasioned by her father's violence.<sup>15</sup>

The Board has found both encouragement and validation for its human rights approach to refugee determination in the decisions of our Federal Courts and the Supreme Court of Canada. The Supreme Court of Canada, in its decision in the *Ward* case clearly set a standard for the interpretation of refugee law through the framework of human rights. In that decision the Court stated:

Underlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination. [...] This theme sets the boundaries for many of the elements of the definition of "Convention refugee".

The Court also addressed the *Convention* refugee ground of "particular social group" and indicated that the meaning ascribed to the term "should take into account the general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination that forms the basis for the international refugee protection initiative." In other words, a systemic failure to protect the human rights of a particular group of people may place them into a "particular social group". At the Board, we have applied the concept of "particular social group" in situations where the group was defined by its marginalized status with respect to its ability to exercise fundamental human rights.

Two recent examples illustrate the development in the Board's thinking in this area. In a decision involving Somali children, the Board members noted that, for children who are vulnerable and unable to care for themselves, a higher level of protection must be provided than would be necessary for adults.<sup>16</sup> Similarly, Somali children without the protection of family have been held to be a particular social group because of their acute vulnerability.<sup>17</sup>

While years ago the Board would likely not have recognized vulnerable women or children as a "particular social group", as a result of our guidelines, reinforced by the Supreme Court decision in *Ward*, we have gained greater insight into the connection between discrimination against a segment of society and the *Convention* ground of particular social group.<sup>18</sup> The decision clearly linked the marginalization of groups due to their possession of an innate or unchangeable characteristic, such as gender, linguistic background or sexual orientation, to the *Convention* grounds.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> *B. (T.D.)*, [1994] C.R.D.D. No. 391 (QL).

<sup>16</sup> *W. M. I.*, [1997] C.R.D.D. No. 113 (QL).

<sup>17</sup> *T. D. T.*, [1997] C.R.D.D. No. 254 (QL).

<sup>18</sup> *Canada (A.G.) v. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 at p. 734.

<sup>19</sup> *Ibid.* at p. 739; the Court enumerated categories of persons who would fall under the three categories of particular social group. The first category included individuals fearing persecution on such basis as gender, linguistic background, and sexual orientation. The second category of "groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association" included human rights activists.

Women who face harm but do not have access to state protection because of discriminatory protection practices in their country also have been recognized as *Convention refugees*. An illiterate and uneducated woman from Egypt, who was abused by her spouse, was found to be a *Convention refugee* due to a lack of state protection.<sup>20</sup> The Board stopped short of finding that state protection does not exist for abused women in Egypt; women with medical proof could take legal action in Egyptian courts, according to documentary evidence. However, documentary evidence also established that the response of the police would be influenced by a woman's social status. The lower her social class, the more acceptable the violence toward her will be, and the less likely the judge will grant her a divorce to escape the violent situation. Given that the claimant was from one of the poorer social classes, the Board found that, had she gone to the police, protection might not reasonably have been forthcoming. From decisions such as this, one sees that the Board recognizes that it is not just entitlement to rights that all persons should enjoy equally, but that everyone is entitled to protection on a non-discriminatory basis.

The Federal Court in several decisions has encouraged a human rights approach to refugee determination. In fact, in the judicial review of a decision involving a 17-year-old male Sikh, the Federal Court specifically directed the Board to consider the provisions in the *CRC* when deciding whether it was reasonable to expect the minor claimant to live away from his family and home in order to be safe from harm.<sup>21</sup>

In another Federal Court decision, a child denied access to education on a discriminatory basis was found to be a *Convention refugee*. In this case, a 9-year-old Afghani girl would have been denied basic education because of her gender if she would be returned to Afghanistan. The Court specifically found the right to education to be a basic human right and went on to find that the denial of the right to education was persecution. This approach of the court clearly illustrates how closely our decision-makers, whether judicial or quasi-judicial, connect a denial of fundamental human rights to persecution.<sup>22</sup>

These decisions of both the Board and the courts underscores Canada's commitment to the application of international human rights norms to our domestic decision-making. Therefore, it is not just in the interpretation of the term "persecution" in the *Convention refugee* definition that we at the Board have made recourse to human rights principles, but in the interpretation of the grounds, such as particular social group, and access to state protection as well.

As you can see, the path set toward the utilization of a human rights paradigm in refugee determination at the Board was by design, not happenstance. Beginning with the training given to members, which emphasizes a human rights perspective, and culminating with the issuance of guidelines, efforts to bring a universal, principled position consistent with the spirit of the *Convention* have been

<sup>20</sup> *U. I. M.*, [1995] C.R.D.D. No. 132 (QL).

<sup>21</sup> *Sahota v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 869 (QL).

<sup>22</sup> *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1392 (QL).

constant. We have always believed that there are certain fundamental human rights, embodied in international agreements and instruments, which when breached, can amount to persecution. Decision-makers have been using this analytical approach to refugee determination from the outset. The Board has been a world leader in the area of reconciling a human rights perspective with refugee determination. I believe this is a leadership position that must continue if we are to maintain the integrity of refugee determination systems internationally. International human rights instruments are the logical place to find the standards against which a nation's treatment of its citizens ought to be measured. It provides a coherent, principled and universal framework in which to interpret persecutory activities and sets an internationally accepted marker for behaviour that crosses the line from tolerable to persecutory. Increased reliance on internationally ratified human rights instruments would result in a decrease in disparities between countries in acceptance rates on identical countries and would limit the internal inconsistencies within a country when dealing with similar claims.

### III. Influence of Human Rights on Removals

The influence of international human rights instruments in the immigration field can be seen most clearly in decisions dealing with immigrant appeals from deportation orders. For example, we are sometimes faced with situations where parents of Canadian-born children face deportation. The issue before us is whether the children have the right to argue that the deportation of their parents violates their own rights under the *CRC*. Under the *CRC* all actions concerning children must take into account the best interests of the child. Two Federal Court cases<sup>23</sup>, in which Canadian-born children were affected by their parents' deportation order, found that the *CRC* has no application in these circumstances. The Courts reasoned that since the children are not parties to the deportation proceedings and the *CRC* is not part of the domestic laws of Canada, the court was under no obligation to consider the matter from the perspective of the best interests of the child. In one case, leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied, but in the other case, *Baker*, the Supreme Court has just heard the arguments on appeal and we await its decision.

A completely different result was reached by the Ontario Court of Justice, General Division, in a case with similar facts.<sup>24</sup> In that case the Court found that children were clearly affected by the deportation proceedings of their parents and the Court directed the Federal Court to consider the best interests principle set out in the *CRC* when reviewing deportation decisions involving children. The appeal from this case is scheduled to be heard by the Ontario Court of Appeal in January 1999.

An unresolved issue for the IAD is whether, when considering appeals from removal orders, it may take into account human rights instruments which proscribe the return of any individual to a place where he or she may face cruel, unusual or

<sup>23</sup> *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1995) 184 N.R. 230 and *Baker v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (C.A).

<sup>24</sup> *Francis v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1998) 40 O.R. (3d) 74.

degrading treatment or punishment. In the course of an appeal, the IAD considers the technical legality of a removal order and also has the jurisdiction to have regard to all the circumstances of the case. This latter assessment is essentially a humanitarian review of the appeal, but it is not clear whether this jurisdiction includes the authority to consider potentially harmful consequences to the individual upon return to his or her country of nationality.<sup>25</sup>

In a recent decision of the Federal Court, the applicability of the *Convention Against Torture* was addressed.<sup>26</sup> The case involved the deportation of a refugee claimant who had been landed in 1991 and subsequently had been convicted of drug trafficking. A danger opinion was issued by the Minister and a deportation order made. Upon review of the danger opinion and the deportation order, the Court held that the applicant is entitled to a risk assessment at which time he could establish whether he faces torture upon his return. The Court noted that although the *Convention Against Torture* is not incorporated into domestic law, it informs sections 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.<sup>27</sup> This case may be an indication of movement in the direction of addressing international human rights instruments in decisions involving deportation. The treatment that awaits an individual in the country to which he or she is removed seems an appropriate consideration for our Board, and we await clarification from the Federal Court of Appeal in this important area.

Thus, at the Board, we have fully adopted an approach which has at its core the concept that in order to carry out our statutory obligations we must understand human rights entitlements. Human rights are the logical place to find the standards against which a nation's treatment of its citizens are measured and the way our own obligations to those in our country are assessed. International human rights instruments provide a coherent, principled and universal language that stems from a neutral and highly respected source. We at the IRB are very proud of the leadership role we have played in integrating a human rights approach to our very important work in the areas of asylum and immigration determinations.

<sup>25</sup> *Al Sagban v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 632 (QL) and *Chieu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1680 (QL).

<sup>26</sup> *Rarhadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 315.

<sup>27</sup> Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K), 1982, c. 11.