Michigan Journal of International Law

Volume 35 | Issue 1

2013

The Michigan Guidelines on the Exclusion of International Criminals

James C. Hathaway
University of Michigan Law School, jch@umich.edu

Follow this and additional works at: http://repository.law.umich.edu/mjil

Part of the Criminal Law Commons, Human Rights Law Commons, Immigration Law Commons, and the International Law Commons

Recommended Citation
James C. Hathaway, *The Michigan Guidelines on the Exclusion of International Criminals*, 35 Mich. J. Int'l L. 3 (2013).
Available at: http://repository.law.umich.edu/mjil/vol35/iss1/2

This Colloquium is brought to you for free and open access by the Journals at University of Michigan Law School Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in Michigan Journal of International Law by an authorized administrator of University of Michigan Law School Scholarship Repository. For more information, please contact mlaw.repository@umich.edu.

THE MICHIGAN GUIDELINES ON THE EXCLUSION OF INTERNATIONAL CRIMINALS

March 22–24, 2013

LES RECOMMANDATIONS DE MICHIGAN SUR L'EXCLUSION DES CRIMINELS INTERNATIONAUX

22–24 mars 2013

LES RECOMMANDATIONS DE MICHIGAN SUR L'EXCLUSION DES CRIMINELS INTERNATIONAUX

L'article 1(F)(a) de la Convention relative au statut des réfugiés (« Convention ») exige que soient exclues du statut de réfugié les « . . .personnes dont on aura 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 élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes. »

La pratique actuelle des Etats relative à la clause d'exclusion contenue à l'article 1(F)(a) ne fait pas recours, de façon consistante, au droit pénal international tel que l'exige le texte de la Convention. Le processus de recours au droit pénal international demeure, en tout état de cause, complexe compte tenu à la fois de l'évolution continue du droit pénal international et de la divergence normative des interprétations adoptées par les cours et autorités nationaux. Qui plus est, il y a eu un manque de reconnaissance du fait que le recours au droit pénal international devrait se faire de façon à prendre totalement en considération les différences clés entre le but et la structure du droit pénal international et ceux du droit international des réfugiés. Il s'en suit que l'article 1(F)(a) est susceptible d'une application erronée conduisant à des refus de protection non justifiés.

Dans le but de promouvoir une approche commune sur l'application correcte de la clause d'exclusion du statut de réfugié offerte par l'article 1(F)(a), nous nous sommes engagés dans une étude collaborative et réflexion soutenue sur les normes pertinentes et la pratique étatique. Notre recherche fut débattue et affinée au cours du Sixième Colloque sur les défis en droit international des réfugiés convenu en mars 2013 par le Programme en droit d'asile et des réfugiés de l'Université de Michigan. Les présentes Recommandations sont le produit de cette entreprise, reflétant le consensus des participants au Colloque sur la façon dont les décideurs peuvent le mieux s'assurer que l'application de l'article 1(F)(a) soit conforme aux principes légaux internationaux.

Considérations générales

1. Une personne qui tombe sous le coup de l'article 1(F)(a) de la Convention ne doit pas être reconnue comme réfugié, même si l'on assume qu'il or elle court une crainte fondée d'être persécutée. A cause de la gravité de la décision qui revient à refuser la protection à une personne qui présente, ou dont on assume qu'elle court, un risque de persécution, l'article 1(F)(a), comme toutes les autres clauses d'exclusion, devrait s'appliquer avec circonspection.

THE MICHIGAN GUIDELINES ON THE EXCLUSION OF INTERNATIONAL CRIMINALS

Article 1(F)(a) of the Convention relating to the Status of Refugees ("Convention") requires the exclusion from refugee status of ". . . any person with respect to whom there are serious reasons for considering that. . . 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."

Current state practice relating to Article 1(F)(a) exclusion fails to draw consistently on international criminal law, as is mandated by the Convention's text. The process of drawing on international criminal law is in any event complex given both the continuing evolution of international criminal law and normative divergence among the interpretations adopted by courts and national authorities. Most important, there has been a failure to recognize that international criminal law must be drawn upon in a way that takes full account of key differences between the purpose and structure of international criminal law and those of international refugee law. In the result, Article 1(F)(a) is prone to misapplication, leading to unwarranted denials of protection.

With a view to promoting a shared understanding of the proper approach to Article 1(F)(a) exclusion from refugee status, we have engaged in sustained collaborative study and reflection on relevant norms and state practice. Our research was debated and refined at the Sixth Colloquium on Challenges in International Refugee Law, convened in March 2013 by the University of Michigan's Program in Refugee and Asylum Law. These Guidelines are the product of that endeavor, and reflect the consensus of Colloquium participants on how decision makers can best ensure the application of Article 1(F)(a) in a manner that conforms to international legal principles.

General Considerations

1. A person who falls afoul of Article 1(F)(a) of the Convention must not be recognized as a refugee, even assuming that he or she faces a well-founded fear of being persecuted. Because of the seriousness of a decision to deny protection to a person shown or assumed to face the risk of persecution, Article 1(F)(a), like all exclusion clauses, should be applied with caution.

2. Les décideurs ont en plus une obligation d'interpréter de bonne foi l'article 1(F)(a) non pas en référence au texte seul, mais plutôt d'une manière qui soit en accord avec le contexte, l'objet, et le but de l'article et de la Convention dans son ensemble.

3. Le contexte de l'article 1(F)(a) inclut, en particulier, le fait que les décisions d'exclusion des réfugiés sont binaires : une personne est, ou n'est pas, exclue du statut de réfugié. En revanche, les ramifications d'un établissement de la responsabilité pénale dans le cadre du droit pénal international peuvent être tempérées par le processus d'imposition de la peine—une option qui n'est pas disponible au décideur en matière des réfugiés. Cette différence contextuelle doit être reconnue et, dans la mesure du possible, prise en compte dans l'évaluation de la responsabilité pénale aux fins d'exclusion du statut de réfugié.

4. L'objet fondamental et le but de l'article 1(F)(a) consiste à exclure les personnes dont la conduite criminelle internationale signifie que leur admission au statut de réfugié menacerait l'intégrité du régime international des réfugiés. Cet objectif doit être distingué de la promotion de la sécurité et de la sureté de l'Etat d'accueil, une matière régie par l'article 33(2) de la Convention. La clause d'exclusion de l'article 1(F)(a) n'est pas non plus requise pour assurer la punition des criminels internationaux. Comme toutes autres personnes, les réfugiés suspectés d'avoir commis un crime international sont soumis au devoir des Etats de poursuivre ou d'extrader (« *aut dedere aut judicare* »), ceci étant le moyen approprié d'assurer la responsabilité pour criminalité internationale non expiée.

Un crime au sens des instruments internationaux

5. L'article 1(F) (a) exige que l'exclusion soit fondée sur les instruments de droit pénal international qui définissent les crimes contre la paix, crimes de guerre, et crimes contre l'humanité. La référence expresse aux « instruments internationaux » postule que l'on se base sur les critères codifiés de droit international, non de droit domestique. Qui plus est, cette formulation ouverte exige que l'on prenne en considération les instruments de droit pénal international qui sont entrés en force depuis l'élaboration de la Convention.

6. Compte tenu de la variété des instruments de droit pénal international, un décideur considérant une exclusion en vertu de l'article 1(F)(a) devrait en premier lieu identifier les instruments qui sont les plus substantiellement pertinents au vu de la conduite criminelle alléguée. Tel qu'il a été reconnu par les plus hautes cours interprétant l'article 1(F)(a), le statut de Rome sur la Cour pénale internationale est particulièrement pertinent à la lumière de sa récente adoption, de ses définitions détaillées des crimes appropriés, et de sa portée globale d'application.

2. Decision makers moreover have a duty in good faith to interpret the text of Article 1(F)(a) not by reference to text alone, but rather in a manner consistent with the context, object, and purpose of that article and of the Convention as a whole.

3. The context of Article 1(F)(a) includes, in particular, the fact that decisions on refugee exclusion are binary: an individual either is, or is not, excluded from refugee status. In contrast, the ramifications of a finding of guilt in the context of international criminal law can be tempered by the sentencing process – an option not available to the refugee decision maker. This contextual difference should be recognized and, to the greatest extent possible, accommodated in the assessment of criminal responsibility for purposes of exclusion from refugee status.

4. The fundamental object and purpose of Article 1(F)(a) is to exclude persons whose international criminal conduct means that their admission as a refugee threatens the integrity of the international refugee regime. This goal is to be distinguished from the advancement of host state safety and security, a matter addressed by Article 33(2) of the Convention. Nor is Article 1(F)(a) exclusion required to ensure the punishment of international criminals. Like all other persons, refugees suspected of having committed an international crime are subject to the duty of states to either prosecute or extradite ("*aut dedere aut judicare*"), this being the appropriate means of ensuring accountability for unexpiated international criminality.

A Crime as Defined in the International Instruments

5. Article 1(F)(a) requires that exclusion be grounded in international criminal law instruments that define crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity. The express reference to "international instruments" mandates reliance on codified standards of international, not domestic, law. This open-ended framing moreover requires that account be taken of international criminal law instruments that have come into force in the years since the Convention's drafting.

6. Given the plurality of international criminal law instruments, a decision maker contemplating exclusion under Article 1(F)(a) should first identify those instruments that are most substantively relevant to the criminal conduct alleged. As leading courts interpreting Art. 1(F)(a) have recognized, the Rome Statute of the International Criminal Court is particularly relevant in light of its recent vintage, detailed definitions of relevant crimes, and global scope of application.

7. En plus de l'analyse du texte des instruments pertinents de droit pénal international, l'on devrait prendre en considération les interprétations convaincantes de tels instruments rendues par les tribunaux internationaux et les cours nationaux. Une valeur particulière devrait être accordée aux interprétations qui offrent une compréhension convaincante et faisant autorité sur la façon dont les normes pénales internationales s'appliquent dans des circonstances factuelles comparables.

A COMMIS UN CRIME

8. La phrase « qu'elles ont commis un crime » souligne l'importance d'établir la responsabilité pénale individuelle en relation avec un crime énuméré avant de refuser de reconnaitre le statut de réfugié dans un cas particulier. Le décideur se doit, en premier lieu, d'identifier le motif approprié de responsabilité pénale, et ensuite d'évaluer soigneusement le *actus reus* et le *mens rea* applicables, ainsi que les motifs d'exonération de la responsabilité pénale.

9. Les motifs de responsabilité penale qui seront les plus appropriés à la clause d'exclusion de l'article 1(F)(a) sont ceux qui spécifient clairement le rôle direct d'une personne particulière dans le crime : commettre le crime ; ordonner, solliciter or encourager la commission du crime ; et apporter son aide, concours ou toute autre forme d'assistance à la commission du crime. Les motifs de responsabilité qui présupposent des formes de participation plus atténuées demandent que le décideur entreprenne une analyse minutieuse avant de conclure que l'individu en question « a commis » un crime énuméré.

10. En accord avec les principes généraux de droit pénal, un individu ne peut avoir « commis un crime » que si la conduite en question constituait un crime au moment de sa commission. La définition d'un crime doit, en plus, être établie de façon stricte, et toute ambiguïté doit être résolue en faveur de la personne en train d'être évaluée pour l'exclusion du statut de réfugié, et en considération si une action qui ne constitue que *de minimis* évacue la responsabilité morale requise pour la commission d'un crime international.

11. La clause d'exclusion de l'article 1(F)(a) ne devrait pas être activée là où les faits suggèrent un motif plausible d'exonération de la responsabilité pénale, puisqu'une personne ayant droit au bénéfice d'un motif d'exonération approprié n'a pas « commis un crime. » En accord avec l'approche codifiée dans l'article 31 du Statut de Rome, une panoplie de motifs substantifs d'exonération de la responsabilité pénale doit être considérée. Afin de prendre en compte l'importante différence contextuelle entre le droit pénal international et le droit international des réfugiés évoquée au para. 3 ci–dessus, les motifs appropriés d'exonération de la responsabilité pénale doivent être entendus comme incluant non seulement les motifs d'exonération *per se*, mais aussi les facteurs pouvant être à la fois invoqués comme motif d'exonération de la responsabilité pénale ou comme circonstance atténuante.

7. In addition to analysis of the text of relevant international criminal law instruments, account should be taken of persuasive interpretations of such instruments rendered by both international tribunals and national courts. Interpretations that offer an authoritative and cogent understanding of how international criminal norms apply in comparable factual circumstances are of particular value.

Has Committed a Crime

8. The phrase "he has committed a crime" makes clear the importance of finding individual criminal responsibility in relation to an enumerated crime before refusing to recognize refugee status in a particular case. The decision maker must first identify the pertinent mode of liability, and then carefully assess the applicable *actus reus*, *mens rea*, and defences.

9. The modes of liability that will be most apposite to Article 1(F)(a) exclusion are those that clearly specify a particular person's direct role in the crime: committing the crime; ordering, soliciting, or inducing the crime; and aiding, abetting, or otherwise assisting in the commission of the crime. Modes of liability predicated on more attenuated forms of involvement require a decision maker to undertake especially careful analysis before concluding that the individual concerned "has committed" an enumerated crime.

10. In keeping with general principles of criminal law, an individual can only have "committed a crime" if the relevant conduct was criminal at the time of its commission. The definition of a crime should moreover be strictly construed, with ambiguity resolved in favor of the person being considered for exclusion from refugee status and consideration given to whether an action that is truly *de minimis* evinces the moral responsibility required for commission of an international crime.

11. Exclusion under Article 1(F)(a) should not be ordered where the facts suggest a plausible defence, since a person entitled to the benefit of a relevant defence has not "committed a crime." In keeping with the approach codified in Article 31 of the Rome Statute, a broad range of substantively relevant defences should be considered. To accommodate the important contextual difference between international criminal law and international refugee law noted in para. 3 above, relevant defences should be understood to include not simply pure defences, but also factors that can variably be invoked as either a defence or a mitigating factor.

Raisons sérieuses de penser

12. Le texte de l'article 1(F)(a) instruit les décideurs d'exclure un individu du statut de réfugié seulement là où il y a « des raisons sérieuses de penser » qu'il ou elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre, ou un crime contre l'humanité. « Raisons sérieuses » définit les critères de droit et de fait qui doivent être remplis par une décision d'exclusion, et ce faisant joue un rôle à la fois de preuve et de fond.

13. En tant qu'une question de preuve, le critère « raisons sérieuses » est généralement compris comme étant un moyen de tenir compte de limitations pratiques liées à l'accès à moins de preuve, comparé à un procès pénal. Le décideur doit néanmoins être satisfait qu'il y a une preuve claire et convaincante qu'un crime a été commis par l'individu avant de conclure que la personne doit être exclue du statut de réfugié en vertu de l'article 1 (F)(a).

14. En tant qu'une question de fond, le critère « raisons sérieuses » exige que les décisions d'exclusion soient fondées sur les normes établies de droit pénal international. Là où la conduite d'un individu remplit le critère de responsabilité sous une telle norme établie, il ou elle doit être exclu du statut de réfugié.

15. Il pourrait, cependant, y avoir un conflit matériel parmi les interprétations faisant autorité des instruments pertinents de droit pénal international. Parce qu'il n'y a pas de « raisons sérieuses » de penser qu'un individu a « commis un crime » là où les critères pertinents d'imposition de la responsabilité pénale sont contestés, le critère « raisons sérieuses de penser » doit être compris comme exigeant du décideur de donner effet à la norme appropriée qui limite le plus la responsabilité pénale. Ainsi, là où les critères d'imposition de la responsabilité (motifs de responsabilité, *actus reus,* et *mens rea*) sont contestés, l'on devrait faire recours à l'interprétation la plus restrictive et faisant autorité des instruments appropriés. De même, là où les critères d'invocation d'un motif pertinent d'exonération de la responsabilité pénale sont contestés, la lecture la plus généreuse et faisant autorité des motifs plausibles d'exonération devrait être adoptée.

Les présentes Recommandations reflètent le consensus de tous les participants au Sixième Colloque sur les défis en droit des réfugiés tenu à Ann Arbor, Michigan, USA, du 22 au 24 mars 2013.

Serious Reasons for Considering

12. The text of Article 1(F)(a) directs decision makers to exclude an individual from refugee status only where there are "serious reasons for considering" that he or she has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity. "Serious reasons" sets the standard in both fact and law that must be met in an exclusion decision, and thus has both an evidentiary and a substantive role.

13. As an evidentiary matter, the "serious reasons" standard is generally understood to be a means of accommodating the practical constraints of access to less evidence than is normally available in a criminal trial. The decision maker must nonetheless be satisfied that there is clear and convincing evidence that a crime has been committed by the individual before finding the person to be excluded under Article 1(F)(a).

14. As a substantive matter, the "serious reasons" standard requires that exclusion decisions be based upon settled norms of international criminal law. Where an individual's conduct meets the standard for liability under such a settled norm, he or she should be excluded from refugee status.

15. There may, however, be a material conflict among authoritative understandings of relevant international criminal law instruments. Because there are not "serious reasons" for considering an individual to have "committed a crime" where the relevant criteria for imposition of criminal liability are contested, the "serious reasons for considering" standard should be understood to require the decision maker to give effect to the relevant norm that most restricts criminal responsibility. Thus, where the standards for the imposition of liability (modes of liability, *actus reus*, and *mens rea*) are contested, the most constrained authoritative interpretation of relevant instruments should be relied upon. Similarly, where the standards for invocation of a relevant defence are contested, the most generous authoritative reading of plausible defences should be adopted.

These Guidelines reflect the consensus of all the participants at the Sixth Colloquium on Challenges in Refugee Law, held at Ann Arbor, Michigan, USA, on March 22 – 24, 2013.

James C. Hathaway
Organisateur et
Président de Colloque
University of Michigan

Jennifer Bond
Directeur de recherche
Université d'Ottawa

Michel Bastarache
Cour Suprême du
Canada (retraité)

Won Kidane
Seattle University

Audrey Macklin
University of Toronto

William Schabas
Middlesex University

James Sloan
University of Glasgow

Elies van Sliedregt
Vrije Universiteit
Amsterdam

Matthew Zagor
Australian National
University

Meredith Garry
Etudiant
University of Michigan

Pauline Hilmy
Etudiant
University of Michigan

Palmer Lawrence
Etudiant
University of Michigan

Sarah Oliai
Etudiant
University of Michigan

Johnny Pinjuv
Etudiant
University of Michigan

Jessica Soley
Etudiant
University of Michigan

Robby Staley
Etudiant
University of Michigan

Alisa Whitfield
Etudiant
University of Michigan

Besty Fisher
Co-rapporteur
University of Michigan

Timothy Shoffner
Co-rapporteur
University of Michigan

Les délibérations du Colloque ont bénéficié des conseils de **Sibylle Kapferer**

Conseiller juridique principal, Division de la protection nationale, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés

La traduction française du texte a été assurée par **Jack Mangala**, Grand Valley State University, Michigan.

James C. Hathaway
Convener and Chair
University of Michigan

Jennifer Bond
Research Director
University of Ottawa

Michel Bastarache
Supreme Court of Canada (ret.)

Won Kidane
Seattle University

Audrey Macklin
University of Toronto

William Schabas
Middlesex University

James Sloan
University of Glasgow

Elies van Sliedregt
Vrije Universiteit Amsterdam

Matthew Zagor
Australian National University

Meredith Garry
Student
University of Michigan

Pauline Hilmy
Student
University of Michigan

Palmer Lawrence
Student
University of Michigan

Sarah Oliai
Student
University of Michigan

Johnny Pinjuv
Student
University of Michigan

Jessica Soley
Student
University of Michigan

Robby Staley
Student
University of Michigan

Alisa Whitfield
Student
University of Michigan

Besty Fisher
Co-Rapporteur
University of Michigan

Timothy Shoffner
Co-Rapporteur
University of Michigan

The Colloquium deliberations benefited from the counsel of **Sibylle Kapferer,** Senior Legal Officer, Division of International Protection, United Nations High Commissioner for Refugees.