

IMM-4200-09  
2010 FC 149

IMM-4200-09  
2010 CF 149

**Jae Wook Kim, Hyun Wook Kim** (*Applicants*)

**Jae Wook Kim, Hyun Wook Kim** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)

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

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

Federal Court, Shore J.—Vancouver, February 3;  
Ottawa, February 12, 2010.

Cour fédérale, juge Shore—Vancouver, 3 février;  
Ottawa, 12 février 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Best interests of children — Judicial review of decision by Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board refusing to grant minor applicants refugee status under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 96, refusing to find them to be persons in need of protection under IRPA, s. 97 — Applicants, minor-aged twin brothers born in South Korea, living in Canadian foster care — RPD holding that child claimants having same evidentiary burdens, substantive rights as adult claimants — Two ways in which Convention on the Rights of the Child (CRC) entering purview of RPD: through IRPA, s. 3(3)(f), through Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act (Guidelines) — Children having to meet same test applying to adult refugee claimants to become refugees pursuant to IRPA, s. 96 — Guidelines stating that CRC should be considered in determining whether harm which child fearing amounting to persecution — RPD's ruling in present case accurate statement of law but failing to recognize what can amount to "persecution" of child — CRC, Guidelines adding nuances to determination of whether child fitting definition of refugee under IRPA, s. 96 — Not necessary for best interests of child to be consideration in every decision made under IRPA — If definition of Convention refugee not met, claimant having other options available — At stage of IRPA, s. 96 application, sufficient that best interests of child taken into account procedurally — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Intérêt supérieur de l'enfant — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître aux demandeurs mineurs la qualité de réfugié au sens de l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) ou de personne à protéger au sens de l'art. 97 de cette même loi — Les demandeurs, des frères jumeaux mineurs, sont nés en Corée du Sud et vivaient dans une famille d'accueil au Canada — La SPR a statué que la charge de présentation et les droits des demandeurs d'asile mineurs sont les mêmes que ceux applicables aux demandeurs d'asile adultes — La SPR peut être appelée à appliquer la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) par l'intermédiaire de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR ou encore des Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration (Directives) — Les enfants doivent satisfaire au même critère que celui qui s'applique aux adultes qui demandent l'asile pour avoir qualité de réfugié au sens de l'art. 96 de la LIPR — Les Directives précisent que la CDE doit être prise en considération lorsqu'il est déterminé si le préjudice redouté par l'enfant équivaut à de la persécution — En l'espèce, la SPR a énoncé correctement la règle de droit applicable, mais elle a omis de reconnaître ce qui peut constituer une forme de « persécution » à l'endroit d'un enfant — La CDE et les Directives introduisent des nuances dans l'examen de la question de savoir si un enfant a qualité de réfugié au sens de l'art. 96 de la LIPR — Il n'est pas nécessaire que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération dans chaque décision fondée sur la LIPR — D'autres options s'offrent à un demandeur d'asile qui ne respecte pas la définition de réfugié au sens de la Convention — Au stade de la demande fondée sur l'art. 96 de la LIPR, il suffit*

This was an application for judicial review under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board refusing to grant the minor applicants refugee status under section 96 of the IRPA and refusing to find them to be persons in need of protection under section 97 thereof. The applicants are twin brothers who were born in South Korea. The twins' father died and their mother, unable to take care of them, sent them to family friends in Canada to raise them. The applicants eventually ran away from the family friends with whom they were staying in Canada. Subsequently, the British Columbia Ministry of Children and Family Development took the applicants into its care and temporary custody and then placed them in Canadian foster care.

The RPD found that the applicants did not fit the definition of refugees under section 96 of the IRPA on the basis that they did not have a well-founded fear that they would be persecuted in South Korea on one of the grounds specified therein. The RPD held that child claimants have the same evidentiary burdens and substantive rights as adult claimants. It rejected the submission that because Canada is a signatory to the *Convention on the Rights of the Child* (CRC) and because *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act* (Guidelines) specifically refers to the CRC, minor claimants possess more substantive rights than adult claimants under the IRPA. The RPD held that the Guidelines refer only to procedural and evidentiary considerations to be taken into account when dealing with child refugee claimants. It recognized that, while it would be in the best interests of the minor claimants to remain in Canada, the best interests of the children are not to be taken into account when determining whether they are refugees for the purposes of section 96.

The main issues were whether the RPD erred in determining the impact of the CRC on the applicants' refugee claims and whether the best interests of the child are to be taken into account by the RPD in determining whether a child is a refugee pursuant to section 96 of the IRPA.

*Held*, the application should be dismissed.

*de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au plan de la procédure — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) à l'égard d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître aux demandeurs mineurs la qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR ou de personne à protéger au sens de l'article 97 de cette même loi. Les demandeurs sont des frères jumeaux qui sont nés en Corée du Sud. Le père des jumeaux est décédé et leur mère, n'étant pas en mesure de s'occuper d'eux, a pris des dispositions pour qu'ils viennent habiter au Canada avec des amis de la famille. En fin de compte, les demandeurs se sont enfuis de la maison des amis de la famille chez qui ils demeuraient au Canada. Par la suite, le ministère des Enfants et du Développement de la famille de la Colombie-Britannique a pris les demandeurs en charge et en a assumé temporairement la garde; il a ensuite placé les demandeurs dans une famille d'accueil au Canada.

La SPR a conclu que les demandeurs n'avaient pas qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR, au motif qu'ils ne craignaient pas avec raison d'être persécutés en Corée du Sud pour l'un des motifs énumérés dans cette disposition. La SPR a statué que la charge de présentation et les droits des demandeurs d'asile mineurs sont les mêmes que ceux applicables aux demandeurs d'asile adultes. Elle a rejeté l'affirmation selon laquelle les demandeurs d'asile mineurs détiennent un plus grand nombre de droits fondamentaux que les demandeurs d'asile adultes en vertu de la LIPR parce que le Canada est signataire de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE) et parce que les *Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration* (Directives) sont expressément inspirées de la CDE. De l'avis de la SPR, seules les références relatives à la procédure et à la preuve doivent être prises en compte à l'égard des demandeurs d'asile enfants. Elle a reconnu que bien qu'il soit dans l'intérêt supérieur des demandeurs d'asile mineurs de rester au Canada, la question de l'intérêt supérieur des enfants n'est pas pertinente quant à l'octroi de l'asile.

Les principales questions litigieuses étaient celles de savoir si la SPR avait commis une erreur en déterminant les répercussions de la CDE sur les demandes d'asile des demandeurs et si elle devait prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant demandeur pour décider si celui-ci a qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

There are two ways in which the CRC enters the purview of the RPD: through paragraph 3(3)(f) of the IRPA and through the Guidelines. In addition to paragraph 3(3)(f) of the IRPA, RPD officers should also inform themselves of the totality of the Guidelines when determining whether a person qualifies for refugee protection. The Guidelines' statement that all of the elements of the Convention refugee definition must be satisfied in order to grant refugee status to a child claimant shows that children must meet the same test that applies to adult refugee claimants to become refugees pursuant to section 96 of the IRPA. Although the Guidelines direct the RPD to apply a uniform test to both adults and children, they also provide guidance to officers in their determination of child refugee claimants. In particular, the Guidelines state that the international human rights instruments, such as the CRC, should be considered in determining whether the harm which the child fears amounts to persecution. The RPD's ruling in this case was an accurate statement of the law; however, it failed to recognize what can amount to "persecution" of a child. The CRC does not change the definition on the standard by which a child can be found to be a Convention refugee. However, the CRC and the Guidelines add nuances to the determination of whether a child fits the definition of a refugee under section 96. These nuances are based on an appreciation that children have distinct rights, are in need of special protection, and can be persecuted in ways that would not amount to persecution of an adult.

It is not necessary for the best interests of the child to be a consideration in every decision made under the IRPA. If the definition of Convention refugee is not met, the claimant has other options available. One remaining option is pursuant to section 25 of the IRPA, which refers to the respondent's humanitarian and compassionate discretion. It is under section 25 that a substantive and thorough analysis of the best interests of the child is performed. At the stage of a section 96 application, it is sufficient that the best interests of the child are taken into account procedurally, as directed by the Guidelines. The best interests of the child cannot shoehorn a refugee claimant into the section 96 definition if the child's claim would otherwise be rejected, but it can influence the process which leads to that decision.

La SPR peut être appelée à appliquer la CDE par l'intermédiaire de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR ou encore des Directives. En plus de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR, les agents de la SPR devraient également se fonder sur l'ensemble des Directives au moment de décider si une personne a qualité de réfugié. L'énoncé des Directives selon lequel le bien-fondé de la revendication d'un enfant est évalué au regard de tous les éléments de la définition de réfugié au sens de la Convention démontre que les enfants doivent satisfaire au même critère que celui qui s'applique aux adultes qui demandent l'asile pour avoir qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR. Bien que les Directives obligent la SPR à appliquer un critère uniforme aux adultes et aux enfants, elles donnent également des précisions aux agents quant aux éléments dont ils doivent tenir compte pour trancher les demandes d'asile présentées par les enfants. Plus particulièrement, les Directives précisent que la CDE figure au nombre des documents internationaux relatifs aux droits de la personne à prendre en considération lorsqu'il est déterminé si le préjudice redouté par l'enfant équivaut à de la persécution. En l'espèce, la SPR a énoncé correctement la règle de droit applicable; cependant, elle a omis de reconnaître ce qui peut constituer une forme de « persécution » à l'endroit d'un enfant. La CDE ne modifie pas la norme au regard de laquelle un enfant peut être considéré comme un réfugié au sens de la Convention. Cependant, la CDE et les Directives introduisent des nuances dans l'examen de la question de savoir si un enfant a qualité de réfugié au sens de l'article 96. Ces nuances reposent sur le fait que les enfants possèdent des droits distincts, qu'ils ont besoin de protection spéciale et qu'ils peuvent être persécutés par des comportements qui ne constitueraient pas de la persécution à l'endroit d'un adulte.

Il n'est pas nécessaire que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération dans chaque décision fondée sur la LIPR. Si un demandeur d'asile ne respecte pas la définition de réfugié au sens de la Convention, d'autres options s'offrent à lui. Une des options qui restent est celle de l'article 25 de la LIPR, qui fait référence au pouvoir discrétionnaire que le défendeur peut exercer pour des motifs d'ordre humanitaire. C'est en application de l'article 25 qu'une analyse de fond minutieuse de l'intérêt supérieur de l'enfant est menée. Au stade de la demande fondée sur l'article 96, il suffit de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au plan de la procédure, ainsi que le prévoient les Directives. L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut constituer le fondement d'une application de l'article 96 favorable au demandeur d'asile enfant dans les cas où celui-ci verrait par ailleurs sa demande rejetée, mais qu'il peut influencer le processus qui mène à cette décision.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3), 25 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117), 72(1), 96, 97, 107(1).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 3(1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13, 42 Admin. L.R. (4th) 234.

## CONSIDERED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1180, [2006] 2 F.C.R. 664, 261 D.L.R. (4th) 157, 49 Imm. L.R. (3d) 84; *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, 69 Imm. L.R. (3d) 309, 377 N.R. 393; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1341; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85; *Song v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 467.

## REFERRED TO:

*Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, 61 Admin. L.R. (4th) 313, 63 Imm. L.R. (3d) 13; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3), 25 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117), 72(1), 96, 97, 107(1).

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 3(1).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1180, [2006] 2 R.C.F. 664; *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1341; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Song c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 467.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur*

Mortenson, Greg. *Three Cups of Tea: One Man's Mission to Promote Peace ... One School at a Time*. New York: Penguin Books, 2007.

United Nations. Committee on the Rights of the Child. *General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*. U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (1 September 2005).

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*. Geneva, February 1997, online: <<http://www.unhcr.org/3d4f91cf4.pdf>>.

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, reedited January 1992.

*l'immigration*, Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.

Mortenson, Greg. *Three Cups of Tea: One Man's Mission to Promote Peace ... One School at a Time*. New York : Penguin Books, 2007.

Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Observation générale n° 6 (2005) : Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*. Doc. N.U. CRC/GC/2005/6 (1<sup>er</sup> septembre 2005).

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, réédition janvier 1992.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile*. Genève, février 1997, en ligne : <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47440c932>>.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2009 CanLII 73886 (I.R.B.)) by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board refusing to grant the minor applicants refugee status under section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and refusing to find them to be persons in need of protection under section 97 thereof. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision (*X (Re)*, 2009 CanLII 73886 (C.I.S.R.)) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître aux demandeurs mineurs la qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou de personne à protéger au sens de l'article 97 de cette même loi. Demande rejetée.

#### APPEARANCES

*Warren Puddicombe* for applicants.  
*Kimberly G. Shane* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Warren Puddicombe* pour les demandeurs.  
*Kimberly G. Shane* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

SHORE J.:

LE JUGE SHORE :

### I. Overview

### I. Aperçu

[1] “Children are not the people of tomorrow, but people today. They are entitled to be taken seriously. They have a right to be treated by adults with tenderness and respect, as equals. They should be allowed to grow into whoever they were meant to be - The unknown person inside each of them is the hope for the future.” — Janusz Korczak.

[1] [TRADUCTION] « Les enfants ne sont pas les personnes de demain; ils sont des personnes dès aujourd’hui. Ils ont le droit d’être pris au sérieux; ils ont le droit d’être traités avec tendresse et respect. Il faut leur donner les moyens de s’accomplir — quel qu’il soit, l’inconnu que chacun d’entre eux porte en lui est notre espoir pour l’avenir », Janusz Korczak.

[2] To be “alive, alert and sensitive” to the best interests of a child requires an amalgam of considerations. It calls for a voice for the voiceless, a response to the personality of a child, whose fragile and sensitive nature requires a comprehensive understanding of what it means to nurture a child by considering the “best interests” of the child (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 [*Baker*]).

[2] Pour se montrer « réceptif, attentif et sensible » à l’intérêt supérieur d’un enfant, il faut se comporter, notamment, de façon à donner une voix aux sans voix dans le cas des enfants, cela signifie qu’il faut tenir compte de leur personnalité, y compris de leur nature fragile et sensible, pour bien comprendre leurs besoins en matière d’éducation (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 [*Baker*]).

[3] Each branch of government has its particular role in that voice for the voiceless. Each has its responsibility, however, each within its specific jurisdiction, to consider the “best interests” of the child of today to enable the future life of the adult of tomorrow.

[3] Chaque ordre de gouvernement a un rôle particulier à jouer pour permettre aux sans voix de s’exprimer. Cependant, chacun est tenu, dans l’exercice de sa compétence, de prendre en compte l’« intérêt supérieur » de l’enfant d’aujourd’hui pour permettre à celui-ci de devenir l’adulte de demain.

[4] In the case of *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1180, [2006] 2 F.C.R. 664 [*Munar*], Justice Yves de Montigny held that “the consideration of the best interests of the child is not an all-or-nothing exercise, but should be seen as a continuum. While a full-fledged analysis is required in the context of an H&C application, a less thorough examination may be sufficient when other types of decisions are made” (*Munar*, at paragraph 38).

[4] Dans la décision *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1180, [2006] 2 R.C.F. 664 [*Munar*], le juge Yves de Montigny a décidé que « l’examen de l’intérêt supérieur de l’enfant n’est pas une question de tout ou rien, mais bien une question de degré. Alors qu’une analyse approfondie est nécessaire dans le contexte d’une demande CH, un examen moins élaboré peut suffire dans le contexte d’autres décisions à prendre » (*Munar*, au paragraphe 38).

[5] As considered by Justice de Montigny in *Munar*, above, the consideration of the best interests of the child must be read in the context of each specific decision to be rendered and differences may ensue, depending on

[5] Comme l’a souligné le juge de Montigny dans la décision *Munar*, précitée, l’intérêt supérieur de l’enfant doit être examiné dans le contexte de chaque décision précise à prendre et cet examen peut donner lieu à des

the context as to whether it be a Refugee Protection Division (RPD) decision or an H&C [humanitarian and compassionate] decision.

[6] Turning to the context before the Court, it is noted that section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) is not discretionary, but instead prescribes a certain test which must be met by a claimant. The IRPA does not permit the section 96 test to be compromised even if it is in the best interests of the child to remain in Canada. It is clear that the best interests of the child cannot substantively influence the answer with regard to whether a child is a refugee, but the best interests of the child are central to the procedure by which to reach a decision.

[7] The Guidelines for Child Refugee Claimants (Chairperson's Guidelines Refugee Protection Division. *Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*, effective September 30, 1996) (Guidelines) direct the RPD to take the best interests of the child into consideration in a procedural, not a substantive, manner. The Guidelines state: "In determining the procedure to be followed when considering the refugee claim of a child, the CRDD [now the RPD] should give primary consideration to the best interests of the child" (Guidelines, at page 2). The majority of the Guidelines are devoted to ensuring the procedures used by the RPD are in the best interests of the child.

[8] The Court notes that Article 3(1) of the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] (CRC) does not stipulate how the best interests of the child are to be considered. Article 3(1) of the CRC states:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law,

différences selon qu'il s'agit d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) ou d'une décision relative à une demande CH [d'ordre humanitaire].

[6] En ce qui a trait au contexte de la présente affaire, il convient de souligner que l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), n'est pas une disposition prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire; il prescrit plutôt un critère auquel le demandeur doit satisfaire. La LIPR ne permet pas d'atténuer la portée du critère énoncé à l'article 96, même s'il est préférable, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, que celui-ci reste au Canada. Il est indéniable que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut influencer sur la réponse à la question de savoir si un enfant a qualité de réfugié; cependant, il joue un rôle prépondérant dans la procédure à suivre pour en arriver à une décision à ce sujet.

[7] Selon les Directives sur les enfants qui revendiquent le statut de réfugié (*Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent la statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*, données par la présidente de la Section de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, en vigueur depuis le 30 septembre 1996) (Directives), la SPR doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant sur le plan de la procédure, mais non du fond. Voici l'extrait pertinent des Directives : « En déterminant la procédure à suivre pour l'examen de la revendication du statut de réfugié d'un enfant, la SSR [aujourd'hui la SPR] devrait d'abord tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant » (Directives, à la page 2). La majeure partie des Directives visent à faire en sorte que les procédures suivies par la SPR favorisent l'intérêt supérieur de l'enfant.

[8] La Cour souligne que le paragraphe 3(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] (CDE) ne précise pas comment l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être pris en compte. Voici le libellé de cette disposition :

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection

administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

[9] It is clear that Article 3(1) of the CRC does not state that the best interests of the child are to be a substantive consideration of every decision which affects children. The Court concludes that there is more than one manner by which decision makers may consider the best interests of the child. Section 96 of the IRPA takes the best interests of the child into account because of the specific procedural and evidentiary considerations in the Guidelines. It is recognized that procedural and evidentiary considerations may be different for other determinations outside of the refugee framework; the key is to ensure that the best interests of the child are considered in context, within the framework of the determination to be made by a tribunal or entity deciding the case, dependent on its particular jurisdiction and legal purpose as set out in legislation.

## II. Introduction

[10] This is an application under subsection 72(1) of the IRPA to commence judicial review of a July 29, 2009 decision of the RPD [*X (Re)*, 2009 CanLII 73886 (I.R.B.) (Decision)] refusing to grant the applicants, Hyun Wook Kim (Michael) and Jae Wook Kim (Raphael), refugee status under section 96 of the IRPA and refusing to find them to be persons in need of protection under section 97 of the IRPA.

## III. Background

[11] The applicants are twin brothers who were born in Seoul, South Korea on October 30, 1993. In 1997, the family moved to Hong Kong. The applicants' father suffered from substance abuse problems and died on January 2, 2000. Before he died, the applicants' father took on a large amount of debt, the responsibility for which has passed to the mother, Ms. So. After the death of their father, Ms. So found that she was unable to raise

sociale, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

[9] Il est indéniable que le paragraphe 3(1) de la CDE n'exige pas que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants. La Cour conclut qu'il y a plus d'une façon dont le décideur peut tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 96 de la LIPR tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en raison des considérations précises relatives à la procédure et à la preuve qui sont énoncées dans les Directives. Il est reconnu que les considérations relatives à la procédure et à la preuve peuvent être différentes pour d'autres décisions prises en dehors du cadre du statut de réfugié; l'élément important est de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte dans le contexte, dans le cadre de la décision que le tribunal ou l'entité saisi de l'affaire est appelé à prendre, eu égard à la compétence dont il est investi et à l'objet visé par le texte législatif.

## II. Introduction

[10] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 72(1) de la LIPR à l'égard d'une décision qui a été rendue le 29 juillet 2009 [*X (Re)*, 2009 CanLII 73886 (C.I.S.R.) (décision de la SPR)] et par laquelle la SPR a refusé de reconnaître aux demandeurs Hyun Wook Kim (Michael) et Jae Wook Kim (Raphael) la qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR ou de personne à protéger au sens de l'article 97 de cette même Loi.

## III. Les faits à l'origine du litige

[11] Les demandeurs sont des frères jumeaux qui sont nés à Séoul, en Corée du Sud, le 30 octobre 1993. En 1997, la famille a déménagé à Hong Kong. Le père des demandeurs, qui était toxicomane, est décédé le 2 janvier 2000. Avant son décès, il avait contracté des dettes élevées dont la mère, M<sup>me</sup> So, a hérité. Après le décès du père des demandeurs, M<sup>me</sup> So a constaté qu'elle n'était pas en mesure d'élever seule les demandeurs et a pris

the applicants by herself and arranged to send them to family friends, the Lees, in Canada.

[12] The applicants arrived in Canada with student visas in January of 2004. By December of 2004 the applicants were having problems with the Lees, primarily due to the fact that the Lees speak little English and the applicants speak little Korean. On March 3, 2005, the applicants ran away from the Lees' home. After this incident, the British Columbia Ministry of Children and Family Development (MCFD) took the applicants into its care and temporary custody.

[13] The MCFD contacted the Consulate General of the Republic of Korea, as well as International Social Services (ISS) to determine whether the applicants would be cared for if they were returned to South Korea. The MCFD then decided to place the applicants in Canadian foster care.

[14] The MCFD applied for an extension of the applicants' study permits, as they were valid only until September 30, 2008. In response to this request, Citizenship and Immigration Canada (CIC) transferred the applicants' file to its Vancouver office for review.

[15] Due to the circumstances surrounding their potential return to South Korea, the applicants initiated their claims for refugee protection on October 6, 2008.

#### IV. Decision under Review

[16] The RPD found that the applicants did not fit the definition of refugees under section 96 of the IRPA on the basis that they do not have a well-founded fear that they will be persecuted in South Korea on one of the grounds specified therein (Decision, at paragraph 30).

[17] Counsel for the applicants submitted to the RPD, "because Canada is a signatory to the Convention on the Rights of the Child (CRC) and because the *Guidelines*

des dispositions pour qu'ils viennent habiter au Canada avec des amis de la famille, les Lees.

[12] Les demandeurs sont arrivés au Canada munis d'un visa d'étudiant en janvier 2004. En décembre de la même année, ils ont éprouvé des problèmes avec les Lees principalement en raison du fait que ceux-ci parlaient très peu l'anglais, tandis que les demandeurs s'exprimaient difficilement en coréen. Le 3 mars 2005, les demandeurs se sont enfuis de la maison des Lees. Après cet incident, le Ministry of Children and Family Development de la Colombie-Britannique (MCFD) a pris les demandeurs en charge et en a assumé temporairement la garde.

[13] Le MCFD a communiqué avec le Consulat général de la République de Corée ainsi qu'avec le Service social international (SSI) pour savoir si les demandeurs seraient pris en charge s'ils étaient renvoyés en Corée du Sud. Le MCFD a ensuite décidé de placer les demandeurs dans une famille d'accueil du Canada.

[14] Le MCFD a demandé une prorogation des visas d'étudiant des demandeurs, qui n'étaient valides que jusqu'au 30 septembre 2008. En réponse à cette demande, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a transféré les dossiers des demandeurs à son bureau de Vancouver pour examen.

[15] En raison des circonstances entourant leur retour possible en Corée du Sud, les demandeurs ont engagé leurs demandes d'asile le 6 octobre 2008.

#### IV. La décision sous examen

[16] La SPR a conclu que les demandeurs n'avaient pas qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR, au motif qu'ils ne craignaient pas avec raison d'être persécutés en Corée du Sud pour l'un des motifs énumérés dans cette disposition (décision de la SPR, au paragraphe 30).

[17] Devant la SPR, l'avocat des demandeurs a fait valoir que, « le Canada étant signataire de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRDE) et les *Directives*

for *Child Refugee Claimants* specifically refer to the CRC, that minor claimants possess more substantive rights than adult claimants under the *Immigration and Refugee Protection Act*” [footnotes omitted] (Decision, at paragraph 32). The RPD rejected this submission and held that child claimants possess the same substantive rights as adult claimants (nevertheless, the RPD does not discount that children have distinctive rights; as discussed below). The RPD held that the Guidelines refer only to procedural and evidentiary considerations to be taken into account when dealing with child refugee claimants. The RPD concluded that “minor claimants therefore have the same evidentiary burdens and rights as adult claimants. No additional rights may be grafted on the *Immigration and Refugee Protection Act*” (Decision, at paragraph 36).

[18] The RPD held there is adequate state protection for the applicants in South Korea (Decision, at paragraph 37). The RPD cited the Federal Court of Appeal in the case of *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636 [*Flores Carrillo*], for the proposition that refugee claimants must demonstrate on a balance of probabilities that state protection is inadequate in their country of origin. In addition, the RPD stated that the claimant’s burden to rebut this presumption increases in proportion to the level of democracy in their country of origin (Decision, at paragraph 37).

[19] The RPD held that South Korea is a well-developed and functioning democracy that provides its citizens with access to an independent judiciary in order to redress human rights violations. In addition, South Korea has civilian control of security forces, an independent press and a functioning democratic political system. On this basis, the RPD found that South Korea is presumed to be capable of protecting its citizens (Decision, at paragraph 45).

*sur les enfants qui revendiquent le statut de réfugié* étant expressément inspirées de la CRDE, les demandeurs d’asile mineurs détiennent un plus grand nombre de droits fondamentaux que les demandeurs d’asile adultes en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* » [notes en bas de page omises] (décision de la SPR, au paragraphe 32). La SPR a rejeté cet argument et décidé que les demandeurs d’asile mineurs ne détiennent pas plus de droits fondamentaux que les demandeurs d’asile adultes (néanmoins, la SPR ne nie pas que les enfants aient des droits distincts, tel qu’il est mentionné ci-dessous). De l’avis de la SPR, seules les références relatives à la procédure et à la preuve doivent être prises en compte à l’égard des demandeurs d’asile enfants et « [l]a charge de présentation et les droits des demandeurs d’asile mineurs sont donc les mêmes que ceux applicables aux demandeurs d’asile adultes. Aucun droit supplémentaire ne vient se greffer à la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* » (décision de la SPR, au paragraphe 36).

[18] La SPR a décidé que la protection de l’État offerte par la Corée du Sud aux demandeurs est adéquate (décision de la SPR, au paragraphe 37). Elle a cité le jugement que la Cour d’appel fédérale a rendu dans *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636 [*Flores Carrillo*], pour souligner que les demandeurs d’asile doivent démontrer selon la prépondérance des probabilités que la protection offerte par l’État est insuffisante dans leur pays d’origine. De plus, elle a ajouté que l’obligation des demandeurs d’asile de réfuter la présomption de la protection de l’État est directement proportionnelle au degré de démocratie atteint dans l’État en cause (décision de la SPR, au paragraphe 37).

[19] Selon la SPR, la Corée du Sud est une démocratie ancienne et fonctionnelle et offre à ses citoyens la possibilité de se tourner vers une magistrature indépendante pour réclamer des dommages-intérêts par suite de violations des droits de la personne. De plus, les autorités civiles maintiennent généralement un contrôle efficace des forces de sécurité, la liberté d’expression s’appuie sur une presse indépendante et le système politique est basé sur une saine démocratie. En se

[20] Turning to the availability of state protection, the RPD held that South Korea adequately protects children who have been abandoned by their parents (Decision, at paragraph 46). Specifically, the RPD held that South Korea provides orphanages, foster care, as well as group homes for abandoned children and found these measures to be adequate (Decision, at paragraph 50).

[21] The RPD also stated that it would be in the best interests of the children to remain in Canada, as they do not speak Korean and they are currently in foster care here. That being said, the RPD held that the best interests of the children are not to be taken into account when determining whether the claimants are refugees for the purposes of section 96 (Decision, at paragraphs 53–54).

[22] The RPD found the MCFD had not pursued all options related to repatriating the applicants to South Korea. The RPD held there is no evidence that the Korean Embassy, Korean agencies that care for abandoned children or non-governmental organizations operating in Korea were ever contacted in an attempt to obtain protection for the applicants (Decision, at paragraph 55).

#### V. Issues

[23] (1) Did the RPD err in determining the impact of the CRC on the applicants' claims?

(2) Are the best interests of the child to be taken into account by the RPD in determining whether a child is a refugee pursuant to section 96?

(3) Did the RPD err in finding that adequate state protection is available in the Republic of Korea?

fondant sur ces motifs, la SPR a conclu que la Corée du Sud est censée être en mesure de protéger ses citoyens (décision de la SPR, au paragraphe 45).

[20] En ce qui concerne la protection d'État, la SPR a conclu que la Corée du Sud offre une protection suffisante aux enfants abandonnés par leurs parents (décision de la SPR, au paragraphe 46). Plus précisément, la SPR a conclu que la Corée du Sud compte un certain nombre d'orphelinats et de foyers de groupe ainsi qu'un système de placement en foyer d'accueil et que ces mesures sont adéquates (décision de la SPR, au paragraphe 50).

[21] La SPR a reconnu que le maintien des enfants au Canada serait dans leur meilleur intérêt, car ils ne parlent pas coréen et sont actuellement placés dans un excellent foyer d'accueil. Cependant, elle a ajouté que la question de l'intérêt supérieur des enfants n'est pas pertinente quant à l'octroi de l'asile (décision de la SPR, aux paragraphes 53 et 54).

[22] La SPR a jugé que le MCFD n'avait pas sondé toutes les possibilités en ce qui concerne le rapatriement des demandeurs en Corée du Sud. De l'avis de la SPR, aucun élément de preuve n'atteste que les demandeurs d'asile ont communiqué avec l'ambassade de la Corée, avec un organisme d'État coréen directement chargé de la protection des enfants abandonnés ou avec une organisation non gouvernementale exerçant en Corée pour s'enquérir de leurs possibilités de placement dans ce pays (décision de la SPR, au paragraphe 55).

#### V. Les questions en litige

[23] 1) La SPR a-t-elle commis une erreur en déterminant les répercussions de la CDE sur les demandes d'asile des demandeurs?

2) La SPR doit-elle prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant demandeur pour décider si celui-ci a qualité de réfugié au sens de l'article 96?

3) La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que la protection offerte par l'État en Corée du Sud est adéquate?

(4) Did the RPD err by finding that insufficient attempts had been made to repatriate the applicants?

4) La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que des efforts insuffisants avaient été déployés en vue d'un rapatriement des demandeurs?

#### VI. Relevant Legislative Provisions

[24] In order to be granted refugee protection, the applicants must fit within the definition provided in section 96 of the IRPA:

Convention  
refugee

**96.** A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

[25] A claimant may also be a person in need of protection under section 97 of the IRPA:

Person in  
need of  
protection

**97.** (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced

#### VI. Les dispositions législatives pertinentes

[24] Pour obtenir l'asile, les demandeurs doivent être visés par la définition énoncée à l'article 96 de la LIPR :

**96.** A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

Définition de  
« réfugié »

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

[25] Le demandeur peut également avoir qualité de personne à protéger au sens de l'article 97 de la LIPR :

**97.** (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

Personne à  
protéger

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de

	generally by other individuals in or from that country,	ce pays ou qui s’y trouvent ne le sont généralement pas,	
	(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and	(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,	
	(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.	(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l’incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.	
Person in need of protection	(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.	(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d’une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.	Personne à protéger
[26]	Subsection 3(3) of the IRPA states:	[26] Voici le libellé du paragraphe 3(3) de la LIPR :	
	3. (1) ...	3. (1) [...]	
Application	(3) This Act is to be construed and applied in a manner that	(3) L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :	Interprétation et mise en œuvre
	(a) furthers the domestic and international interests of Canada;	a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;	
	(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;	b) d’encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d’immigration et de ceux pour les réfugiés;	
	(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;	c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;	
	(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;	d) d’assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , notamment en ce qui touche les principes, d’une part, d’égalité et de protection contre la discrimination et, d’autre part, d’égalité du français et de l’anglais à titre de langues officielles du Canada;	
	(e) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and	e) de soutenir l’engagement du gouvernement du Canada à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;	
	(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.	f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire.	

[27] Subsection 107(1) of the IRPA states:

Decision **107.** (1) The Refugee Protection Division shall accept a claim for refugee protection if it determines that the claimant is a Convention refugee or person in need of protection, and shall otherwise reject the claim.

[27] Voici le texte du paragraphe 107(1) de la LIPR :

Decision **107.** (1) La Section de la protection des réfugiés accepte ou rejette la demande d’asile selon que le demandeur a ou non la qualité de réfugié ou de personne à protéger.

## VII. Standard of Review

[28] The parties agree that questions relating to the adequacy of state protection are to be reviewed on a standard of reasonableness (*Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, at paragraph 38).

[29] When applying the standard of reasonableness, a court must show deference to the reasoning of the agency under review and must be cognizant of the fact that certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific result. As the Supreme Court of Canada explained, reasonableness is concerned mostly with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process”, as well as “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

## VIII. Summary of Parties’ Positions

### Applicants’ Position

[30] The applicants submit the Guidelines state that all of the elements of the definition of a section 96 refugee must be met in the case of child claimants, but they also direct, at endnote 8, that international human rights instruments, including the CRC, should be considered in determining whether the harm a child fears amounts to persecution.

## VII. La norme de contrôle

[28] Les parties conviennent que les questions concernant le caractère adéquat de la protection étatique sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 171, au paragraphe 38).

[29] Lorsqu’il applique la norme de la décision raisonnable, le tribunal doit faire montre de déférence à l’égard du raisonnement de l’office dont la décision est révisée et se rappeler que certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une solution précise. Comme la Cour suprême du Canada l’a expliqué, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47).

## VIII. Résumé des positions des parties

### La position des demandeurs

[30] Les demandeurs soutiennent que les Directives énoncent tous les éléments de la définition du réfugié au sens de l’article 96 qui doivent être établis dans le cas des demandeurs d’asile enfants et que ces mêmes Directives précisent, à la note 8, que les documents internationaux relatifs aux droits de la personne, y compris la CDE, doivent être pris en considération lorsqu’il est déterminé si le préjudice redouté par l’enfant équivaut à de la persécution.

[31] The applicants also submit that paragraph 3(3)(f) of the IRPA states that the IRPA is to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory, which includes the CRC. As a result, the applicants cite the case of *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1341 [*Martinez*], and submit that the best interests of the child is a consideration that must be taken into account in all decisions made under the IRPA.

[32] The applicants submit that international human rights instruments help determine whether the harm feared by a refugee claimant amounts to persecution. The applicants contend that the CRC recognizes children are in need of special protection, and therefore have greater human rights than adults as a result of their vulnerability. The applicants cite the case of *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 [*Ward*, at page 734], where the Supreme Court of Canada accepted that persecution is the “sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection”. The applicants take the position that since children have distinctive human rights, as recognized by the CRC, and “persecution” is defined as the violation of human rights; therefore, if special protections to which children are entitled are denied to them then fundamental human rights are violated and the country of origin’s failure to protect abandoned children becomes persecutory.

[33] The applicants also submit the RPD is required to take into account the cumulative effect of the various types of harm feared when determining whether it amounts to persecution.

[34] The applicants argue the RPD erred by misconstruing evidence when it found there had been an insufficient amount of effort on behalf of the MCFD to repatriate the boys to South Korea, as the MCFD had contacted the ISS in Korea, which concluded that

[31] Les demandeurs ajoutent que, selon l’alinéa 3(3)(f) de la LIPR, l’interprétation et la mise en œuvre de cette Loi doivent avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire, ce qui comprend la CDE. En conséquence, les demandeurs citent la décision *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1341 [*Martinez*], et soutiennent que l’intérêt supérieur de l’enfant est une considération qui doit être prise en compte dans toutes les décisions fondées sur la LIPR.

[32] Les demandeurs font également valoir qu’il est possible de consulter utilement les documents internationaux relatifs aux droits de la personne pour déterminer si le préjudice redouté par l’enfant équivaut à de la persécution. De l’avis des demandeurs, la CDE reconnaît que les enfants ont besoin d’une protection spéciale et que, en raison de leur vulnérabilité, ils détiennent des droits de la personne supérieurs à ceux des adultes. Les demandeurs citent l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 [*Ward*, à la page 734], où la Cour suprême du Canada a reconnu que la « persécution » s’entend de la « violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne démontrant l’absence de protection de l’État ». De l’avis des demandeurs, étant donné que les enfants bénéficient de droits de la personne distincts, comme le reconnaît la CDE, et que la persécution s’entend de la violation des droits de la personne, si les protections spéciales auxquelles les enfants ont droit leur sont refusées, il y aura violation de droits de la personne fondamentaux et l’omission du pays d’origine de protéger les enfants abandonnés constituera une forme de persécution.

[33] Les demandeurs estiment également que la SPR doit tenir compte de l’effet cumulatif des différents types de préjudice redoutés au moment de décider s’il s’agit de persécution.

[34] Les demandeurs reprochent à la SPR d’avoir mal interprété la preuve lorsqu’elle a conclu que le MCFD n’avait pas déployé suffisamment d’efforts pour rapatrier les demandeurs d’asile en Corée du Sud, étant donné que le MCFD avait communiqué avec le SSI de

returning the boys to Korea was not an option due to their unfamiliarity with the language and culture.

[35] The applicants submit the RPD ignored evidence which shows that abandoned children in South Korea are not protected by the state. The applicants cite certain sources to state that the chances that the boys will be adopted in South Korea are slim, largely due to strong family ties and prejudice against abandoned children, especially those over three months of age. Also, the applicants submit the South Korean foster care program is limited and there are insufficient caregivers at orphanages.

[36] The applicants submit the RPD failed to give sufficient weight to the boys' unfamiliarity with the Korean language when assessing the availability of state protection.

#### Respondent's Position

[37] The respondent submits that neither the CRC nor the Guidelines contemplates taking the best interests of children into account when determining whether a child refugee claimant fits the definition in section 96 of the IRPA.

[38] The respondent submits the applicants are incorrect in citing the case of *Martinez*, above, for the proposition that the best interests of the child must be taken into account in all decisions made under the IRPA, as *Martinez* only deals with H&C applications. The respondent also submits that, in spite of the CRC, the applicants must still fall within section 96 in order for their claim to succeed. The respondent submits the CRC does not provide special substantive rights to child refugee claimants.

[39] The respondent submits it was reasonable for the RPD to find that more attempts should have been made

la Corée, qui a conclu que le retour des garçons dans ce pays n'était pas une option, étant donné que ceux-ci ne connaissaient pas bien la langue et la culture.

[35] Les demandeurs affirment que la SPR n'a pas tenu compte de la preuve qui montre que les enfants abandonnés en Corée du Sud ne sont pas protégés par l'État. Ils citent certaines sources permettant d'affirmer que les chances que les garçons soient adoptés en Corée du Sud sont minces, en raison principalement des liens familiaux importants et des préjugés à l'endroit des enfants abandonnés, surtout dans le cas des enfants âgés de plus de trois mois. De plus, les demandeurs font valoir que le programme de placement en foyer d'accueil de la Corée du Sud est restreint et qu'il n'y a pas suffisamment de personnel soignant dans les orphelinats.

[36] De plus, les demandeurs reprochent à la SPR de ne pas avoir accordé suffisamment d'importance au fait que les garçons connaissent mal la langue coréenne lorsqu'elle a évalué la protection que l'État offre en Corée.

#### La position du défendeur

[37] Le défendeur soutient que ni la CDE non plus que les Directives ne prévoient la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au moment de décider si le demandeur d'asile enfant a qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR.

[38] De l'avis du défendeur, les demandeurs ont tort de citer la décision *Martinez*, susmentionnée, pour affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans toutes les décisions rendues en application de la LIPR, puisque la décision *Martinez* porte uniquement sur les demandes CH. Le défendeur ajoute que, malgré la CDE, les demandeurs doivent être visés par l'article 96 pour que leur demande d'asile soit accueillie. Selon le défendeur, la CDE n'accorde aucun droit spécial sur le fond aux enfants qui demandent l'asile.

[39] Le défendeur fait également valoir qu'il était raisonnable de la part de la SPR de conclure que les

to determine the availability of state protection in South Korea.

[40] The respondent submits the applicants' evidence regarding the availability of adoption in South Korea is irrelevant to the determination of whether the applicants are entitled to refugee protection in Canada. The respondent also submits that even if adoption is unlikely, that does not mean that state protection is unavailable.

[41] The respondent submits it was reasonable to find that South Korea absorbs its runaways and abandoned children in light of the evidence regarding foster homes and orphanages.

[42] The respondent originally submitted that the RPD did not err by finding that state protection is available to the applicants in spite of their unfamiliarity with the Korean language and culture. The respondent did contend that the applicants must have some familiarity with the Korean language and culture as they were born there, lived there until they were four and were in the company of their Korean father until they were six. The respondent specified that the RPD considered the cultural differences and found that they did not alter the fact that state protection is available to the applicants.

#### Applicants' Reply

[43] The applicants reply that endnote 8 of the Guidelines states that the CRC should be considered when determining whether the harm feared by a child refugee claimant amounts to persecution. The applicants argue that the best interests of the child is "the central component" of the CRC and because the CRC is to be considered when determining whether the child fears persecution, it follows that the best interests of the child should also be considered during that determination.

[44] The applicants submit that paragraph 3(3)(f) of the IRPA states that the IRPA is to be construed and applied in a manner that complies with the CRC. The

demandeurs auraient dû déployer davantage d'efforts pour déterminer la protection offerte par l'État en Corée du Sud.

[40] Selon le défendeur, la preuve des demandeurs au sujet des possibilités d'adoption en Corée du Sud n'est pas pertinente quant à la question de savoir s'ils ont droit à l'asile au Canada. Le défendeur soutient également que, même si l'adoption est peu probable, cela ne signifie pas que l'État n'offre pas de protection.

[41] De l'avis du défendeur, il était raisonnable de conclure que la Corée du Sud prend en charge ses enfants fugueurs et abandonnés, eu égard à la preuve concernant les orphelinats et les foyers d'accueil.

[42] Le défendeur a d'abord soutenu que la SPR n'avait pas commis d'erreur en concluant que l'État offre une protection aux demandeurs malgré le fait qu'ils ne connaissent pas bien la culture et la langue coréennes. Le défendeur a affirmé que les demandeurs doivent avoir une certaine connaissance de la langue et de la culture coréennes, puisqu'ils sont nés en Corée du Sud, qu'ils ont vécu là-bas jusqu'à l'âge de quatre ans et qu'ils ont été en compagnie de leur père coréen jusqu'à l'âge de six ans. Le défendeur a précisé que la SPR avait tenu compte des différences culturelles et conclu que celles-ci ne touchaient nullement le fait que l'État accorde une protection aux demandeurs.

#### La réplique des demandeurs

[43] Les demandeurs répliquent que, selon la note 8 des Directives, il est nécessaire de prendre en considération la CDE lorsqu'il est déterminé si le préjudice redouté par l'enfant équivaut à de la persécution. De l'avis des demandeurs, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue l'élément central de la CDE et, étant donné que celle-ci doit être prise en considération au moment de décider si l'enfant craint d'être persécuté, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être pris en compte au cours de cette décision.

[44] Les demandeurs font valoir que, selon l'alinéa 3(3)(f) de la LIPR, l'interprétation et la mise en oeuvre de cette Loi doivent avoir pour effet de se conformer à

applicants argue that the CRC, and therefore, the best interests of the child, are to be taken into account in all decisions made under the IRPA, as paragraph 3(3)(f) of the IRPA does not state that only certain portions of the IRPA must be applied with regard to international human rights instruments.

[45] The applicants submit the RPD erred by finding insufficient attempts had been made to gain state protection in South Korea. Specifically, the applicants argue the Consulate of the Republic of Korea may have offered travel documents but did not, at all, state they would assist in arranging care for the boys if they returned to South Korea (significant correspondence in this regard is specified below). Also, the applicants submit the ISS branch in South Korea was the appropriate agency to contact and the ISS indicated that no placement would be available for the boys if they were sent to South Korea.

#### IX. Analysis

Issue 1: Did the RPD err in determining the impact of the CRC on the applicants' claims?

[46] The case at bar focuses on what is to be considered by the RPD when determining whether the harm feared by child refugee claimants amounts to “persecution” for the purposes of section 96 of the IRPA.

[47] It is useful to begin this analysis by defining “persecution”. The United Nations High Commissioner for Refugees Handbook [*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, reedited January 1992] states (at paragraphs 51–52):

la CDE. À leur avis, la CDE et, par conséquent, l'intérêt supérieur de l'enfant, doivent être pris en compte dans toutes les décisions fondées sur la LIPR, car l'alinéa 3(3)f) de celle-ci ne prévoit pas que seules certaines parties de ladite Loi doivent être appliquées en ce qui a trait aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme.

[45] Les demandeurs reprochent à la SPR d'avoir commis une erreur en concluant que les demandeurs n'avaient pas déployé suffisamment d'efforts pour obtenir la protection de l'État en Corée du Sud. Plus précisément, les demandeurs allèguent que le Consulat de la République de Corée a peut-être offert des documents de voyage, mais il n'a nullement affirmé qu'il tenterait de trouver des solutions en ce qui concerne la garde des garçons en cas de renvoi de ceux-ci en Corée du Sud (une correspondance abondante à ce sujet est mentionnée ci-dessous). De plus, les demandeurs affirment que le SSI de la Corée du Sud était l'organisme compétent à joindre et que celui-ci a fait savoir qu'aucun placement ne serait disponible pour les garçons si ceux-ci étaient renvoyés en Corée du Sud.

#### IX. Analyse

Question 1 : La SPR a-t-elle commis une erreur en déterminant les répercussions de la CDE sur les demandes d'asile des demandeurs?

[46] La présente affaire porte principalement sur les éléments dont la SPR doit tenir compte au moment de décider si le préjudice redouté par les demandeurs d'asile enfants équivaut à de la « persécution » aux fins de l'article 96 de la LIPR.

[47] Aux fins de la présente analyse, il convient de définir d'abord ce qu'est la « persécution ». Selon le Guide du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [*Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992] (aux paragraphes 51 et 52) :

There is no universally accepted definition of “persecution”, and various attempts to formulate such a definition have met with little success. From Article 33 of the 1951 Convention, it may be inferred that a threat to life or freedom on account of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group is always persecution. Other serious violations of human rights—for the same reasons—would also constitute persecution.

Whether other prejudicial actions or threats would amount to persecution will depend on the circumstances of each case, including the subjective element to which reference has been made in the preceding paragraphs. The subjective character of fear of persecution requires an evaluation of the opinions and feelings of the person concerned. It is also in the light of such opinions and feelings that any actual or anticipated measures against him must necessarily be viewed. Due to variations in the psychological make-up of individuals and in the circumstances of each case, interpretations of what amounts to persecution are bound to vary.

[48] In addition to the guidance from the UN, the Supreme Court of Canada, in the case of *Ward*, above, held that “persecution” has been “ascribed the meaning” of a “sustained or systematic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection” (*Ward*, at page 734).

[49] If the Supreme Court of Canada’s definition of “persecution” is adopted, then the question becomes what actions can amount to the denial of the basic human rights of a child and whether children have distinctive human rights that are not possessed by adults.

[50] In the eyes of the law, children have long been voiceless citizens. Even after all of the progress that has been made in empowering groups that used to be voiceless, such as women and ethnic and religious minorities, children remain largely silenced. That being said, the CRC recognizes the individual rights that children possess. The Supreme Court of Canada recognized this in the case of *Baker*, above, when it stated (at paragraph 71):

Il n’y a pas de définition universellement acceptée de la « persécution » et les diverses tentatives de définition ont rencontré peu de succès. De l’article 33 de la Convention de 1951, on peut déduire que des menaces à la vie ou à la liberté pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d’opinions politiques ou d’appartenance à un certain groupe social sont toujours des persécutions. D’autres violations graves des droits de l’homme — pour les mêmes raisons constitueraient également des persécutions.

La question de savoir si d’autres actions préjudiciables ou menaces de telles actions constituent des persécutions dépendra des circonstances de chaque cas, compte tenu de l’élément subjectif dont il a été fait mention dans les paragraphes précédents. Le caractère subjectif de la crainte d’être persécuté implique une appréciation des opinions et des sentiments de l’intéressé. C’est également à la lumière de ces opinions et de ces sentiments qu’il faut considérer toute mesure dont celui-ci a été effectivement l’objet ou dont il redoute d’être l’objet. En raison de la diversité des structures psychologiques individuelles et des circonstances de chaque cas, l’interprétation de la notion de persécution ne saurait être uniforme.

[48] De plus, dans l’arrêt *Ward*, précité, la Cour suprême du Canada a décidé qu’on a donné au mot « persécution » le sens d’une « “violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne démontrant l’absence de protection de l’État” » (*Ward*, à la page 734).

[49] Si la définition que la Cour suprême du Canada donne au mot « persécution » est retenue, il faudra alors savoir quels sont les comportements pouvant être considérés comme une négation des droits de la personne fondamentaux de l’enfant et si les enfants détiennent des droits de la personne distincts que ne possèdent pas les adultes.

[50] Aux yeux de la loi, les enfants sont depuis longtemps des citoyens sans voix. Malgré toutes les mesures qui ont été prises pour donner des moyens d’action aux sans voix, comme les femmes et les personnes appartenant aux minorités ethniques et religieuses, les enfants demeurent le plus souvent contraints au silence. Cela étant dit, la CDE reconnaît les droits personnels accordés aux enfants. C’est ce qu’a affirmé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Baker*, précité, lorsqu’elle s’est exprimée comme suit (au paragraphe 71) :

The values and principles of the Convention recognize the importance of being attentive to the rights and best interests of children when decisions are made that relate to and affect their future. In addition, the preamble, recalling the *Universal Declaration of Human Rights*, recognizes that “childhood is entitled to special care and assistance”. A similar emphasis on the importance of placing considerable value on the protection of children and their needs and interests is also contained in other international instruments. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), in its preamble, states that the child “needs special safeguards and care”. The principles of the Convention and other international instruments place special importance on protections for children and childhood, and on particular consideration of their interests, needs, and rights. They help show the values that are central in determining whether this decision was a reasonable exercise of the H & C power. [Emphasis added.]

[51] If the CRC recognizes that children have human rights and that “persecution” amounts to the denial of basic human rights, then if a child’s rights under the CRC are violated in a sustained or systematic manner demonstrative of a failure of state protection, that child may qualify for refugee status on one of the grounds listed in section 96 (for example, the applicants suggest they may be persecuted as a result of belonging to the social group of “abandoned children”). The Court’s analysis must now turn to the impact of the CRC on section 96 of the IRPA.

[52] There are two ways in which the CRC enters the purview of the RPD: first, through paragraph 3(3)(f) of the IRPA and second, through the Guidelines.

[53] In the case of *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655 [*de Guzman*], the Federal Court of Appeal clarified the scope of paragraph 3(3)(f) of the IRPA and the impact of binding international human rights instruments, such as the CRC, on Canadian immigration law. The Court held that paragraph 3(3)(f) does not go so far as to incorporate the CRC into domestic law, but instead directs that the IRPA be construed and applied in a manner that complies with the CRC (*de Guzman*, at paragraph 73). The Court also held that binding

Les valeurs et les principes de la Convention reconnaissent l’importance d’être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir. En outre, le préambule, rappelant la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, reconnaît que «l’enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales». D’autres instruments internationaux mettent également l’accent sur la grande valeur à accorder à la protection des enfants, à leurs besoins et à leurs intérêts. La *Déclaration des droits de l’enfant* (1959) de l’Organisation des Nations Unies, dans son préambule, dit que l’enfant «a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux». Les principes de la Convention et d’autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l’enfance, et à l’attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l’espèce constituait un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire. [Non souligné dans l’original.]

[51] Si la CDE énonce que des droits de la personne sont reconnus aux enfants et que la « persécution » équivaut à la négation des droits de la personne fondamentaux, il s’ensuit que l’enfant en question pourrait avoir qualité de réfugié pour un des motifs énumérés à l’article 96 dans les cas où les droits que la CDE lui reconnaît sont violés d’une façon soutenue ou systématique qui démontre une protection de l’État inadéquate (ainsi, les demandeurs soutiennent qu’ils risquent d’être persécutés parce qu’ils appartiennent au groupe social des « enfants abandonnés »). L’analyse de la Cour doit donc maintenant porter sur les répercussions de la CDE sur l’article 96 de la LIPR.

[52] La SPR peut être appelée à appliquer la CDE par l’intermédiaire de l’alinéa 3(3)f) de la LIPR ou encore des Directives.

[53] Dans l’arrêt *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655 [*de Guzman*], la Cour d’appel fédérale a précisé la portée de l’alinéa 3(3)f) de la LIPR et les répercussions des instruments internationaux contraignants qui portent sur les droits de l’homme, comme la CDE, sur le droit de l’immigration canadien. Elle a décidé que l’alinéa 3(3)f) n’a pas pour effet d’intégrer la CDE dans le droit canadien, mais énonce plutôt que la LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière qui est compatible avec cette Convention

international human rights instruments are “determinative of how the IRPA must be interpreted and applied, in the absence of a contrary legislative intention” (*de Guzman*, at paragraph 87).

[54] In this case, it is clear that the word “persecution” is undefined in the IRPA and the meaning mentioned by the Supreme Court of Canada does not state what amounts to a denial of human rights. It follows from this lack of clarity that section 96 of the IRPA should be construed and applied in a manner that pays heed to the rights that children possess as recognized in the CRC.

[55] In addition to paragraph 3(3)(f) of the IRPA, RPD officers should also inform themselves of the totality of the Guidelines when determining whether a person qualifies for refugee protection.

[56] The Guidelines state that “all of the elements of the Convention refugee definition must be satisfied” in order to grant refugee status to a child claimant (Guidelines, at page 2). This sentence shows that children must meet the same test that applies to adult refugee claimants in order to become refugees pursuant to section 96. Although the Guidelines direct the RPD to apply a uniform test to both adults and children, they also provide guidance to officers in their determination of child refugee claimants in a footnote to the above-mentioned sentence which reads (at endnote No. 8):

In determining the child’s fear of persecution, the international human rights instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child, should be considered in determining whether the harm which the child fears amounts to persecution. [Emphasis added.]

[57] At paragraph 36 of its reasons, the RPD states that “minor claimants ... have the same evidentiary

(*de Guzman*, au paragraphe 73). La Cour d’appel fédérale a également décidé qu’un instrument international portant sur les droits de l’homme qui est juridiquement contraignant « est déterminant quant à la façon d’interpréter et de mettre en œuvre la LIPR, en l’absence d’une intention législative contraire » (*de Guzman*, au paragraphe 87).

[54] Dans la présente affaire, il est évident que le mot « persécution » n’est pas défini dans la LIPR et que la définition mentionnée par la Cour suprême du Canada ne précise pas ce qui constitue une négation des droits de la personne. En raison de ce manque de précision, l’article 96 de la LIPR devrait être interprété et appliqué d’une manière qui tient compte des droits que la CDE reconnaît aux enfants.

[55] En plus de l’alinéa 3(3)f) de la LIPR, les agents de la SPR devraient également se fonder sur l’ensemble des Directives au moment de décider si une personne a qualité de réfugié.

[56] Les Directives énoncent ce qui suit : « Le bien-fondé de la revendication d’un enfant est évalué au regard de tous les éléments de la définition de réfugié au sens de la Convention » (Directives, à la page 2). Il appert de cette phrase que les enfants doivent satisfaire au même critère que celui qui s’applique aux adultes qui demandent l’asile pour avoir qualité de réfugié au sens de l’article 96. Bien que les Directives obligent la SPR à appliquer un critère uniforme aux adultes et aux enfants, elles donnent également des précisions aux agents quant aux éléments dont ils doivent tenir compte pour trancher les demandes d’asile présentées par les enfants, comme le montre la note suivante qui accompagne la phrase précitée (à la note n° 8) :

La Déclaration universelle des droits de l’homme, le Protocol international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention relative aux droits de l’enfant figurent au nombre des documents internationaux relatifs aux droits de la personne à prendre en considération lorsqu’il est déterminé si le préjudice redouté par l’enfant équivaut à de la persécution. [Non souligné dans l’original.]

[57] Au paragraphe 36 de ses motifs, la SPR souligne ce qui suit : « La charge de présentation et les droits des

burdens and rights as adult claimants. No additional rights may be grafted onto the *Immigration and Refugee Protection Act*” (Decision, at paragraph 36). The RPD’s ruling is an accurate statement of the law; however, the RPD failed to recognize what can amount to “persecution” of a child. To acknowledge that children have distinctive rights is not to graft additional rights onto the IRPA, but is instead to interpret the definition of “persecution” in accordance with the distinctive rights that children possess, as recognized in the CRC.

[58] In addition to recognizing the rights of children, the RPD should also be aware of the particular vulnerabilities of children when assessing whether particular acts amount to “persecution” of a child. The Preamble to the CRC states, “Bearing in mind that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child, ‘the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth’”. Since the CRC recognizes the vulnerabilities of children, it is appropriate for the RPD to consider their physical and mental development when assessing whether the harm feared by a claimant amounts to persecution. Children, because of their distinct vulnerabilities, may be persecuted in ways that would not amount to persecution of an adult. It is incumbent on the RPD to be empathetic to a child’s physical and mental state and to be aware of the fact that harming a child may have greater consequences than harming an adult.

[59] The United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum* [Geneva, February 1997, online: <<http://www.unhcr.org/3d4f91cf4.pdf>>] has been placed before the Court. At paragraph 8.7 of that document it states:

demandeurs d’asile mineurs sont donc les mêmes que ceux applicables aux demandeurs d’asile adultes. Aucun droit supplémentaire ne vient se greffer à la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* » (décision de la SPR, au paragraphe 36). La SPR a énoncé correctement la règle de droit applicable; cependant, elle a omis de reconnaître ce qui peut constituer une forme de « persécution » à l’endroit d’un enfant. Reconnaître que les enfants possèdent des droits distincts n’équivaut pas à admettre que d’autres droits viennent se greffer à la LIPR; cette reconnaissance a simplement pour effet d’interpréter la définition de la « persécution » conformément aux droits distincts que les enfants possèdent et que la CDE leur reconnaît.

[58] En plus de reconnaître les droits des enfants, la SPR devrait également être consciente des faiblesses particulières de ceux-ci au moment de se demander si un comportement donné équivaut à une forme de « persécution » à l’endroit d’un enfant. Le texte suivant figure dans le préambule de la CDE : « Ayant à l’esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l’enfant, “l’enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d’une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance” ». Étant donné que la CDE reconnaît les faiblesses des enfants, il convient que la SPR tienne compte de leur développement physique et mental au moment de se demander si le préjudice que redoute l’enfant demandeur constitue de la « persécution ». En raison des faiblesses qui leur sont propres, les enfants peuvent être persécutés de certaines façons qui ne constitueraient pas de la persécution à l’endroit d’un adulte. La SPR doit faire montre d’empathie à l’égard de l’état physique et mental de l’enfant et se rappeler que le préjudice causé à un enfant peut avoir des conséquences plus graves que le même préjudice causé à un adulte.

[59] Les Principes directeurs concernant les Politiques et procédures applicables aux enfants demandeurs d’asile non accompagnés du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ont été produits en l’espèce. Voici le paragraphe 8.7 de ce document [*Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas*

It should be further borne in mind that, under the Convention on the Rights of the Child, children are recognized certain specific human rights, and that the manner in which those rights may be violated as well as the nature of such violations may be different from those that may occur in the case of adults. Certain policies and practices constituting gross violations of specific rights of the child may, under certain circumstances, lead to situations that fall within the Scope of the refugee Convention. Examples of such policies and practices are the recruitment of children for regular or irregular armies, their subjection to forced labour, the trafficking of children for prostitution and sexual exploitation and the practice of female genital mutilation.

[60] In addition, the United Nations Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin* [U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (1 September 2005) (*General Comment No. 6*)] states: “the refugee definition in [the 1951 Refugee Convention] must be interpreted in an age and gender-sensitive manner, taking into account the particular motives for, and forms and manifestations of, persecution experienced by children” (*General Comment No. 6*, at paragraph 74). Although these two documents are not binding on Canadian law, the Court finds them useful aids in the discussion of an ambiguous legal concept, namely, the interpretation of the CRC.

[61] The Court is in agreement with the respondent that: “[t]he [CRC] does not change the definition on the standard by which a child can be found to be a Convention refugee”; however, the Court finds that the CRC and the Guidelines add nuances to the determination of whether a child fits the definition of a refugee under section 96. These nuances are based on an appreciation that children have distinct rights, are in need of special protection, and can be persecuted in ways that would not amount to persecution of an adult.

*des enfants non accompagnés en quête d’asile*, Genève, février 1997, en ligne : <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refword/rwmain/openssl.pdf.pdf?reldoc=y&docid=47440c932>>] :

On gardera en outre à l’esprit que, en vertu de la Convention relative aux droits de l’enfant, les enfants sont reconnus comme ayant des droits humains spécifiques, et que la façon dont ces droits peuvent être violés, ainsi que la nature de telles violations, peuvent différer de celles pouvant se produire dans le cas d’adultes. Certaines politiques et pratiques constituant de graves violations des droits spécifiques de l’enfant peuvent, dans certaines circonstances, mener à des situations ressortant de la Convention de 1951. Des exemples de telles politiques et pratiques sont l’enrôlement d’enfants dans des armées régulières ou non régulières, leur assujettissement à des travaux forcés, le trafic d’enfants pour la prostitution et l’exploitation sexuelle et la pratique de mutilations génitales sur les filles.

[60] De plus, dans *l’Observation générale n° 6 (2005) : Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d’origine* [Doc. N.U. CRC/GC/2005/6 (1<sup>er</sup> septembre 2005) (*Observation générale n° 6*)], du Comité des Nations Unies sur les droits de l’enfant, il est mentionné ce qui suit : « la définition du terme réfugié figurant dans cette convention [la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés] doit être interprétée en étant attentif à l’âge et au sexe de l’intéressé, en tenant compte des raisons, formes et manifestations spécifiques de persécution visant les enfants » (*Observation générale n° 6*, au paragraphe 74). Bien que ces deux documents ne lient pas les tribunaux canadiens, la Cour estime qu’ils sont utiles pour permettre de comprendre et d’interpréter un texte juridique ambigu, soit la CDE.

[61] La Cour souscrit à l’argument du défendeur selon lequel [TRADUCTION] « la CDE ne modifie pas la norme au regard de laquelle un enfant peut être considéré comme un réfugié au sens de la Convention »; cependant, la Cour estime que la CDE et les Directives introduisent des nuances dans l’examen de la question de savoir si un enfant a qualité de réfugié au sens de l’article 96. Ces nuances reposent sur le fait que les enfants possèdent des droits distincts, qu’ils ont besoin de protection spéciale et qu’ils peuvent être persécutés par des comportements qui ne constitueraient pas de la persécution à l’endroit d’un adulte.

Issue 2: Are the best interests of the child to be taken into account by the RPD in determining whether a child is a refugee pursuant to section 96?

[62] The applicants submit the best interests of the child must be taken into consideration in all decisions made under the IRPA. Specifically, the applicants argue that the RPD must consider the best interests of the child in respect of both the procedural as well as the substantive aspects of assessing refugee protection claims.

[63] In the case of *de Guzman*, above, the appellant argued that paragraph 117(9)(d) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations) was inconsistent with the CRC, which, as has been stated, influences Canadian law as a result of paragraph 3(3)(f) of the IRPA (*de Guzman*, at paragraph 3). Paragraph 117(9)(d) is a provision which excludes persons from membership in the family class if the existence of those persons was not declared by the potential family class sponsor when the sponsor applied for permanent residence. The appellant argued that paragraph 117(9)(d) violated Article 3(1) of the CRC because it does not take into account the best interests of children who are affected by the provision. The Federal Court of Appeal rejected this argument, holding that “not every statutory provision must be able to pass the ‘best interests of the child’ test, if another provision requires their careful consideration. In my opinion, section 25 is such a provision, because it obliges the Minister to consider the best interests of a child when deciding whether, in his opinion, humanitarian and compassionate circumstances justify exempting an applicant from the normal selection criteria and granting permanent residence status” (*de Guzman*, at paragraph 105).

[64] *de Guzman*, above, has the clear implication that it is not necessary for the best interests of the child to be a consideration in every decision made under the IRPA, as they are to be considered under section 25 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] (reference is made to the Overview in respect of the distinctions as treated in

Question 2 : La SPR doit-elle prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant demandeur pour décider si celui-ci a qualité de réfugié au sens de l'article 96?

[62] Les demandeurs soutiennent qu'il est nécessaire de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions fondées sur la LIPR. Plus précisément, ils font valoir que la SPR doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant relativement aux aspects liés tant à la procédure qu'au fond des demandes d'asile.

[63] Dans l'arrêt *de Guzman*, précité, l'appelante a soutenu que l'alinéa 117(9)d) [mod. par DORS/2004-167, art. 41] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), était incompatible avec la CDE qui, tel qu'il a été mentionné plus haut, influe sur le droit canadien en raison de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR (*de Guzman*, au paragraphe 3). L'alinéa 117(9)d) du Règlement est une disposition qui a pour effet d'exclure de la catégorie de la famille les personnes dont le parrain éventuel n'a pas déclaré l'existence lorsqu'il a présenté une demande de résidence permanente. L'appelante a fait valoir que l'alinéa 117(9)d) du Règlement allait à l'encontre du paragraphe 3(1) de la CDE, parce qu'il ne tient pas compte de l'intérêt supérieur des enfants qui sont touchés par la disposition. La Cour d'appel fédérale a rejeté cet argument, concluant qu'« il n'est pas obligatoire que chaque disposition d'un texte législatif puisse satisfaire au critère de «l'intérêt supérieur de l'enfant» lorsqu'une autre disposition exige un examen attentif de cet intérêt. À mon avis, tel est le cas de l'article 25, parce qu'il oblige le ministre à tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pour décider s'il existe à son avis des circonstances d'ordre humanitaire qui le justifient d'exempter un demandeur de l'application des critères de sélection normaux et de lui accorder le statut de résident permanent » (*de Guzman*, au paragraphe 105).

[64] Il appert clairement de l'arrêt *de Guzman*, précité, qu'il n'est pas nécessaire que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération dans chaque décision fondée sur la LIPR, puisqu'il doit être pris en compte conformément à l'article 25 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] (il y a lieu de consulter l'Aperçu en ce qui a

section 96 of the IRPA and as specified in H&C discretion).

Issue 3: Did the RPD err in finding that adequate state protection is available in the Republic of Korea?

[65] Although the RPD failed to recognize the nuances identified above, that does not necessarily mean that the RPD's determination that state protection is available was unreasonable.

[66] In the case of *Ward*, above, the Supreme Court held that there is a presumption that a state is able to protect its citizens and a refugee claimant is called upon to provide "clear and convincing confirmation of a state's inability to protect" him or her (*Ward*, at page 724). This presumption of state protection increases in proportion to the degree of democracy in the country of origin. In the case of *Song v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 467 [*Song*] Justice Danièle Tremblay-Lamer held that South Korea is a functioning democracy and is presumed to be able to protect its citizens (*Song*, at paragraph 14).

[67] The Court agrees with the respondent that challenges relating to adoption in South Korea do not equate to a lack of state protection; however, it must be recognized that each case is a case unto itself, as to its specific merits ("cas d'espèce"). The Court notes that there was a paucity of evidence before the RPD regarding the conditions in South Korean orphanages and foster homes. Much of the evidence cited by the applicants is subjective, contradictory or vague. For example, one of the pieces of evidence cited by the applicants is the allegation that there are 65 000 abandoned children in South Korea. The source for this statement is an opinion article from 2005 which states this figure without disclosing where that statistic came from. Also, it is noted that the article does not state how many of those children are receiving government care,

trait aux distinctions entre l'application de l'article 96 de la LIPR et l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière CH).

Question 3 : La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant qu'une protection adéquate est offerte par l'État en République de Corée?

[65] Même si la SPR n'a pas reconnu les nuances susmentionnées, cela ne signifie pas nécessairement que sa décision selon laquelle l'État offre une protection n'est pas raisonnable.

[66] Dans l'arrêt *Ward*, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il existe une présomption selon laquelle l'État est capable de protéger ses citoyens et que le demandeur d'asile doit présenter une preuve confirmant « d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer [sa] protection » (*Ward*, à la page 724). Cette présomption relative à la protection de l'État augmente de façon proportionnelle au degré de démocratie atteint dans le pays d'origine. Dans l'affaire *Song c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 467 [*Song*], la juge Danièle Tremblay-Lamer a décidé que la Corée du Sud est une démocratie fonctionnelle et que, de ce fait, elle est présumée avoir la capacité de protéger ses citoyens (*Song*, au paragraphe 14).

[67] La Cour convient avec le défendeur que les difficultés liées à l'adoption en Corée du Sud ne signifient pas que la protection offerte par l'État est inadéquate; cependant, il faut reconnaître que chaque cas est un cas d'espèce. La Cour souligne que la SPR a été saisie d'une preuve tenue au sujet des conditions prévalant dans les orphelinats et les foyers d'accueil de la Corée du Sud. Une bonne partie de la preuve présentée par les demandeurs est subjective, contradictoire ou imprécise. Ainsi, un des éléments de preuve en question réside dans l'affirmation selon laquelle il y a 65 000 enfants abandonnés en Corée du Sud. Cette affirmation est fondée sur un article d'opinion de 2005 dans lequel ce nombre est mentionné, mais non la source de cette statistique. De plus, il est souligné que l'article ne précise pas le nombre d'enfants qui reçoivent des soins

as a child in an orphanage could still be considered to have been “abandoned” by his or her parents (applicants’ record, at page 136). This is a key statistic cited by the applicants and the Court finds it to be vague and suspect at best. The Court finds that the RPD based its decision on the best available evidence, which shows that there are agencies in South Korea to care for abandoned children when they are actually in Korea, itself.

Did the RPD err by failing to mention evidence which contradicted its conclusion?

[68] There is a presumption that administrative agencies make their decisions based on the entirety of the evidence placed before them and therefore they need not refer to every piece of evidence when drafting their reasons. That being said, if a party produces compelling evidence which goes against the agency’s conclusion, the court may draw the conclusion that the agency made its decision without regard to the evidence before it (*Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraphs 16–17).

[69] Based on a reading of the entirety of the reasons and of the evidence before the officer, the Court finds that the RPD provided adequate reasons. Even though the RPD did not refer to every piece of evidence that contradicted its conclusion, such a duty cannot possibly be placed on the officer, especially when the evidence is of mixed quality. It is also noted that the RPD referred to pertinent contradictory evidence, such as the limitations of the Korean foster care system, as well as inconsistent levels of funding for orphanages (Decision, at paragraph 47), and still came to a reasonable conclusion that adequate state protection is available to abandoned children residing in Korea.

du gouvernement, car l’enfant placé dans un orphelinat pourrait encore être considéré comme un enfant « abandonné » par ses parents (dossier des demandeurs, à la page 136). Il s’agit d’une statistique clé que les demandeurs ont invoquée et qui, de l’avis de la Cour, est imprécise et, au mieux, douteuse. La Cour estime que la SPR a fondé sa décision sur la meilleure preuve disponible, qui montre qu’il existe en Corée du Sud des organismes chargés de prendre soin des enfants abandonnés lorsqu’ils se trouvent effectivement en Corée.

La SPR a-t-elle commis une erreur en omettant de mentionner les éléments de preuve qui allaient à l’encontre de sa conclusion?

[68] Les organismes administratifs sont réputés fonder leurs décisions sur l’ensemble de la preuve dont ils sont saisis, de sorte qu’il n’est pas nécessaire qu’ils mentionnent chaque élément de cette preuve au moment de rédiger leurs motifs. Cela étant dit, lorsqu’une partie produit une preuve probante qui va à l’encontre de la conclusion de l’organisme, la Cour peut conclure que celui-ci a pris sa décision sans tenir compte de la preuve portée à son attention (*Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 16 et 17).

[69] Après avoir passé en revue l’ensemble des motifs de l’agent et des éléments de preuve dont il a été saisi, la Cour en arrive à la conclusion que la SPR a fourni des motifs suffisants. Même si elle n’a pas mentionné chacun des éléments de preuve qui allaient à l’encontre de sa conclusion, cette obligation ne saurait être imposée à l’agent, surtout lorsque la qualité de la preuve est inégale. De plus, la SPR a mentionné certains éléments de preuve contradictoires pertinents, comme la preuve concernant les restrictions inhérentes au système de placement en foyer d’accueil de la Corée ainsi que les niveaux de financement inégaux des orphelinats (décision de la SPR, au paragraphe 47), et en est venue à une conclusion raisonnable en décidant que l’État offre une protection adéquate aux enfants abandonnés résidant en Corée.

Issue 4: Did the RPD err by finding that insufficient attempts had been made to repatriate the applicants?

[70] It is trite law that refugee protection is granted by Canada to persons whose country of origin is unable or unwilling to protect them. Subsequent to this is the idea that persons claiming refugee protection must show that they have exhausted all avenues to gain state protection, or to explain why they should be exempt from this requirement. In the case of *Flores Carrillo*, above, the Federal Court of Appeal held that the burden placed on the claimant increases if the state of origin is a functioning democracy (*Flores Carrillo*, at paragraph 32).

[71] In the case at bar, the RPD found that South Korea is a functioning democracy and is therefore presumed to be able to protect its citizens (Decision, at paragraph 45). The RPD also held that it was understandable for the MCFD to cease its efforts to repatriate the applicants, as it determined it was in their best interests to remain in Canada, but that does not relieve the applicants of their requirement to take sufficient steps to obtain state protection before making a claim for refugee status (Decision, at paragraph 55).

[72] The standard of reasonableness demands that the reviewing court show deference to the analysis of the decision maker. In this case, there was evidence before the RPD that the MCFD ceased its efforts to obtain state protection years before this refugee claim was filed and there was also evidence showing that South Korea has entities in place to care for abandoned children. The applicants do not argue that the RPD ignored a pertinent piece of evidence, but merely submit that the RPD came to an unreasonable factual conclusion based on the evidence before it. Upon review of all of the evidence, the Court cannot agree with the applicants, as the RPD came to a decision that was reasonably supported by the material before it.

Question 4 : La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que des efforts insuffisants avaient été déployés en vue d'un rapatriement des demandeurs?

[70] Il est bien reconnu en droit que le Canada accorde l'asile aux personnes dont le pays d'origine est incapable de les protéger ou ne souhaite pas le faire. Il s'ensuit que les personnes qui demandent l'asile doivent démontrer qu'elles ont épuisé tous les recours leur permettant de bénéficier de la protection de l'État ou expliquer pourquoi elles devraient être soustraites à cette exigence. Dans l'affaire *Flores Carrillo*, précitée, la Cour d'appel fédérale a décidé que la charge qui incombe au demandeur est plus lourde lorsque l'État d'origine est une démocratie fonctionnelle (*Flores Carrillo*, au paragraphe 32).

[71] Dans la présente affaire, la SPR a conclu que la Corée du Sud est une démocratie fonctionnelle et qu'elle est donc censée être en mesure de protéger ses citoyens (décision de la SPR, au paragraphe 45). La SPR a également décidé qu'il était compréhensible que le MCFD ait cessé de déployer des efforts pour faire rapatrier les demandeurs, puisqu'il a conclu qu'il était préférable pour eux de rester au Canada, mais cette décision ne libère pas les demandeurs de leur obligation de prendre des dispositions pour solliciter la protection de l'État avant de demander l'asile (décision de la SPR, au paragraphe 55).

[72] Selon la norme de la décision raisonnable, le tribunal de révision doit faire montre de déférence à l'égard de l'analyse du décideur. Dans la présente affaire, la SPR a été saisie d'éléments de preuve montrant que le MCFD avait cessé ses efforts pour obtenir la protection de l'État des années avant le dépôt de la présente demande d'asile et qu'il y a en Corée du Sud des organismes chargés de prendre soin des enfants abandonnés. Les demandeurs ne reprochent pas à la SPR d'avoir ignoré un élément de preuve pertinent, mais soutiennent simplement qu'elle en est arrivée à une conclusion de fait déraisonnable, compte tenu de la preuve portée à sa connaissance. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, la Cour ne peut souscrire à l'argument des demandeurs, étant donné que la SPR en est arrivée à une décision qui était raisonnablement appuyée par la preuve dont elle était saisie.

## X. Conclusion

Issue 1: Did the RPD err in determining the impact of the Convention on the Rights of the Child on the applicants' claims?

[73] When determining whether child refugee claimants meet the definition of “Convention refugees” under section 96 of the IRPA, attention must be paid to three factors: first, that children have distinctive rights under the CRC; second, that these rights influence decisions made under the IRPA as a result of paragraph 3(3)(f) and third, that children exist in a state of vulnerability which might make them more susceptible to “persecution” than adults.

[74] “Convention refugees” are defined in section 96 as being persons who have a well-founded fear of persecution. Persecution is defined by the Supreme Court of Canada in the case of *Ward*, above, as the “sustained or systematic violation of basic human rights” (*Ward*, at page 734). The CRC recognizes that children have distinctive human rights in light of their need for special protection. Paragraph 3(3)(f) of the IRPA states that the IRPA is to be construed and applied in accordance with instruments such as the CRC. Case law has confirmed the applicability of the CRC on domestic decision makers; therefore, when determining whether a child claiming refugee status fits the definition in section 96, decision makers must inform themselves of the rights recognized in the CRC. It is the denial of these rights which may determine whether or not a child has a well-founded fear of persecution if returned to his or her country of origin.

Issue 2: Are the best interests of the child to be taken into account by the RPD in determining whether a child is a Convention refugee?

## X. Conclusion

Question 1 : La SPR a-t-elle commis une erreur en déterminant les répercussions de la Convention relative aux droits de l'enfant sur les demandes d'asile des demandeurs?

[73] Au moment de décider si les demandeurs d'asile enfants ont qualité de réfugié au sens de la Convention selon l'article 96 de la LIPR, il faut examiner trois facteurs : d'abord, les enfants possèdent des droits distincts en vertu de la CDE; en deuxième lieu, ces droits influent sur les décisions fondées sur la LIPR en raison de l'alinéa 3(3)f); troisièmement, eu égard à la vulnérabilité qui les caractérise, les enfants pourraient être davantage exposés que les adultes à la « persécution ».

[74] Selon l'article 96 de la LIPR, a qualité de « réfugié au sens de la Convention » la personne qui craint avec raison d'être persécutée. Dans l'arrêt *Ward*, précité, la Cour suprême du Canada a défini la persécution comme la « violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne » (*Ward*, à la page 734). La CDE reconnaît que les enfants possèdent des droits de la personne distincts, eu égard à la protection spéciale dont ils ont besoin. L'alinéa 3(3)f) de la LIPR énonce que l'interprétation et la mise en œuvre de cette Loi doivent avoir pour effet « de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. » Il a été confirmé dans la jurisprudence que la CDE s'applique aux décideurs nationaux; en conséquence, au moment de déterminer si l'enfant qui demande l'asile a qualité de réfugié au sens de l'article 96, le décideur doit conserver à l'esprit les droits reconnus dans la CDE. C'est la négation de ces droits qui peut influencer sur la question de savoir si un enfant craint avec raison d'être persécuté s'il est retourné dans son pays d'origine.

Question 2 : La SPR doit-elle prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant demandeur pour décider si celui-ci a qualité de réfugié au sens de l'article 96?

[75] It is the Court's conclusion that the Canadian immigration system is to be examined in its entirety, not as compartmentalized sections, when assessing whether due consideration has been shown to the best interests of children.

[76] The Canadian immigration system provides for several methods by which to gain entry into Canada, one of which is to be a refugee under section 96. Section 96 provides a strict definition that is either met or not by the claimant in question. If the definition is met, then the claimant may be able to enter Canada as a refugee. If, on the other hand, the definition is not met, then the claimant may not enter Canada pursuant to that section and other options become available to him or her. One remaining option is pursuant to section 25, wherein the Minister in his discretion may grant an exemption "from any applicable criteria or obligations of" the IRPA. It is under section 25 that a substantive and thorough analysis of the best interests of the child is performed. At the stage of a section 96 application, it is sufficient that the best interests of the child are taken into account procedurally, as directed by the Guidelines. The Court must reiterate that the best interests of the child cannot shoehorn a refugee claimant into the section 96 definition if the child's claim would otherwise be rejected, but it can influence the process which leads to that decision.

Issue 3: Did the RPD err in finding that adequate state protection is available in the Republic of Korea?

[77] It is the Court's conclusion that the RPD made a reasonable decision when it found that the applicants had not adduced sufficient probative evidence to rebut the presumption that state protection is available.

Issue 4: Did the RPD err by finding that insufficient attempts had been made to repatriate the applicants?

[75] De l'avis de la Cour, il faut examiner le régime d'immigration du Canada comme un tout et non en sections cloisonnées au moment de déterminer s'il a été dûment tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

[76] Le régime d'immigration canadien prévoit plusieurs façons d'entrer au Canada; une de ces façons réside dans la présentation d'une demande d'asile par une personne ayant qualité de réfugié au sens de l'article 96. Il s'agit là d'une définition stricte et, si le demandeur la respecte, il pourra peut-être entrer au Canada en qualité de réfugié. Dans le cas contraire, le demandeur ne pourra entrer au Canada conformément à l'article 96, mais d'autres options seront possibles pour lui. Une des options qui restent est celle de l'article 25, qui permet au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à lever « tout ou partie des critères et obligations applicables » de la LIPR. C'est en application de l'article 25 qu'une analyse de fond minutieuse de l'intérêt supérieur de l'enfant est menée. Au stade de la demande fondée sur l'article 96, il suffit de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au plan de la procédure, ainsi que le prévoient les Directives. La Cour doit rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut constituer le fondement d'une application de l'article 96 favorable au demandeur d'asile enfant dans les cas où celui-ci verrait par ailleurs sa demande rejetée, mais qu'il peut influencer le processus qui mène à cette décision.

Question 3 : La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que la protection offerte par l'État en Corée du Sud est adéquate?

[77] La Cour en arrive à la conclusion que la SPR a rendu une décision raisonnable lorsqu'elle a conclu que les demandeurs n'avaient pas présenté suffisamment d'éléments de preuve probants pour réfuter la présomption selon laquelle la protection offerte par l'État est adéquate.

Question 4 : La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que des efforts insuffisants avaient été déployés en vue d'un rapatriement des demandeurs?

[78] The Court concludes that the RPD's finding that insufficient efforts had been expended to obtain state protection in South Korea was reasonable on the basis of the evidence, in and of itself, before the panel.

### *Obiter*

Each and every case demonstrates a different facet of the human condition through jurisprudence. If recognized, jurisprudence could better serve as a litmus test by which to understand and then heal through the balancing act of justice what ails society. If witnessed in its consequences as concentric ripples, decisions of the judiciary could add more significantly to the dialogue between the three branches of government; each required to take cognizance of the other two branches (and respect the others' distinct jurisdiction), together as a tripartite whole, each branch serving within its jurisdiction, responding to its responsibility.

One of the challenges for the future of the world is how governments, not only Canada, approach the issue of abandoned children; the future does depend in large part on how abandoned children are treated, raised and educated. That will determine how these children, as adults, will contribute to a more peaceful world. (Reference is duly made to the book, "*Three Cups of Tea: One Man's Mission to Promote Peace ... One School at a Time*" by Greg Mortenson, as to how children, rather than become a violent problem for the world, can become a part of a peaceful solution. That is not only Canada's challenge but one for each country to meet.)

This specific case, one unto itself, is for the consideration of the executive branch under H&C grounds, due to the very specific fact pattern of the narrative. This case, with an encyclopaedia of references demonstrates the fragility of the human condition of two siblings who do not want to be separated. Although a lack of ties to their country of origin is evident due to an absence of

[78] La Cour estime que la SPR en est arrivée à une décision raisonnable en concluant que des efforts insuffisants avaient été déployés pour obtenir la protection de l'État en Corée du Sud, eu égard à la preuve portée à sa connaissance.

### *Remarques incidentes*

Chaque décision rendue par les tribunaux met en lumière une facette différente de la condition humaine. Si cette réalité était reconnue, la jurisprudence pourrait mieux servir de fondement décisif aux fins de l'analyse et de la pondération des différents maux qui affligent la société. Si elles étaient examinées sous l'angle des conséquences qu'elles entraînent, lesquelles se comparent à des ondes concentriques, les décisions des tribunaux pourraient fournir un apport plus important au dialogue entre les trois ordres de gouvernement, chacun étant tenu de prendre conscience du rôle des deux autres (et de leurs compétences distinctes) et d'exercer ses fonctions dans les limites de sa compétence de façon à s'acquitter de sa responsabilité.

Un des défis importants que devront relever tous les gouvernements, et non seulement celui du Canada, concerne le traitement des enfants abandonnés; l'avenir de la planète dépend en grande partie de la façon dont les enfants abandonnés sont traités, élevés et éduqués. C'est ce traitement qui modulera l'apport que ces enfants fourniront plus tard, comme adultes, pour créer un monde plus pacifique. (Voir l'ouvrage « *Three Cups of Tea: One Man's Mission to Promote Peace ... One School at a Time* », de Greg Mortenson, pour mieux comprendre la façon dont les enfants peuvent faire partie d'une solution menant à la paix plutôt qu'à la violence. C'est là un défi qui attend non seulement le Canada, mais chaque pays du globe.)

En raison des faits très précis décrits dans l'exposé narratif, la présente affaire relève de l'ordre exécutif du gouvernement dans le cadre de l'examen des considérations humanitaires. Elle démontre, moult références à l'appui, la fragilité de la condition humaine et la difficile situation de deux frères jumeaux qui ne veulent pas être séparés. Malgré le manque évident de liens qui les

language, of culture, their mother's grave problems and a complete lack of family support (thus, family child care absenteeism), still the RPD did not consider that refugee status in their cases was warranted, due to explanations specified above.

Nevertheless, it is important to specify that the RPD did state, at paragraph 53 of its decision, that although, "Korea is providing adequate protection, but I venture to state that keeping the children in Canada would promote the best interests of the children. The children do not speak Korean. The designated representative testified that the claimants need consistency and permanence. The claimants are in an excellent foster home. It is in the best interest of the children for them to remain in Canada." [Footnote omitted.]

In the vein of the RPD decision, it is important to consider the documents in Tab 7 of the applicant's record. Other than the B.C. Provincial Authority's positive response in regard to the care of these children for the past four years, it is significant for all parties to note that there is neither family nor country of origin provision for the care of these specific children. (Although care appears to be available for abandoned children who are in Korea, no confirmation exists for these children who have been outside of Korea.) No specific care from their government of origin has been offered or forthcoming (although, perhaps, existent in theory); it has been entirely non-existent in practice in regard to these children (as Tab 7 of the applicants' record, at pages 71 to 78, appears to specify, through correspondence in regard to these children, subsequent to a careful reading).

While the Consulate of South Korea has indicated that it would participate in returning the applicants to South Korea, this participation is limited to ensuring that the applicants have the necessary documents to allow their return when, and if, the time comes.

rattachent à leur pays d'origine du fait qu'ils connaissent mal la langue et la culture, des graves problèmes de leur mère et de l'absence de placement totale de soutien familial (et, par conséquent, de l'inexistence de services pour les enfants de la famille), la SPR n'a pas conclu qu'il convenait de leur accorder la protection en qualité de réfugié, compte tenu des explications susmentionnées.

Néanmoins, il est important de préciser que la SPR a mentionné ce qui suit, au paragraphe 53 de sa décision : « Bien que la Corée fournisse une protection adéquate, j'ose affirmer que le maintien des enfants au Canada serait dans leur meilleur intérêt. En effet, ils ne parlent pas coréen. La représentante désignée a fait valoir que les demandeurs d'asile ont besoin de stabilité et d'ancrage. Ils sont actuellement placés dans un excellent foyer d'accueil. L'intérêt supérieur des enfants commande qu'ils demeurent au Canada ». [Note en bas de page omise.]

Eu égard à la décision de la SPR, il est important d'examiner les documents de l'onglet 7 du dossier des demandeurs. Exception faite de la réponse positive de l'autorité provinciale de la Colombie-Britannique au sujet de la prise en charge des enfants demandeurs en cause au cours des quatre dernières années, aucune disposition n'est prévue à cet égard, que ce soit dans la famille ou dans le pays d'origine. (Bien que des services de placement semblent être disponibles pour les enfants abandonnés qui se trouvent en Corée, aucun service de cette nature n'est confirmé pour ces enfants qui ont habité en dehors de la Corée.) Aucune mesure précise de leur gouvernement d'origine n'a été offerte ou n'est envisagée (bien que ces mesures existent peut-être en théorie); en pratique, ces services n'existent tout simplement pas dans le cas de ces enfants (comme semblent le montrer les renseignements figurant aux pages 71 à 78 de l'onglet 7 du dossier des demandeurs, compte tenu d'une lecture attentive de la correspondance les concernant).

Bien que le Consulat de la Corée du Sud ait mentionné qu'il participerait au retour des demandeurs en Corée du Sud, cette participation se limite à veiller à ce que les demandeurs aient en main les documents nécessaires à cette fin, le cas échéant.

Nowhere in the correspondence from the country of origin of the applicants is there any word that care would be arranged upon the boys' return. The appropriate agency in respect of the possibility of care for the boys, who, in fact, had been contacted, indicated that no placement would be available for them. This Court is in agreement with the RPD decision and also with the RPD's recommendation in regard to the H&C.

Yet, it is not for the RPD, nor is it for a member of the judiciary of this Court to decide on H&C, but, rather, it is for the Minister, in his discretion, to consider section 25 (H&C), in light of the merits of the case.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that

1. The application for judicial review be dismissed;
2. No serious question of general importance be certified.

Aucun élément de la correspondance provenant du pays d'origine des demandeurs ne donne à penser que des mesures seraient prises à l'égard des enfants lors de leur retour. L'organisme compétent qui avait été joint quant à la possibilité qu'il prenne en charge les garçons a fait savoir qu'aucun placement ne serait disponible pour eux. La Cour est d'accord avec la décision de la SPR ainsi qu'avec la recommandation de celle-ci au sujet des considérations d'ordre humanitaire.

Malgré tout, il n'appartient pas à la SPR ou à un juge de la Cour fédérale de prendre une décision fondée sur des considérations humanitaires, mais plutôt au ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'appliquer l'article 25 à la lumière des circonstances de l'affaire.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. la demande de contrôle judiciaire est rejetée;
2. aucune question grave de portée générale n'est certifiée.