

IMM-5834-10
2011 FC 899

IMM-5834-10
2011 CF 899

Christopher Marco Vassey (*Applicant*)

Christopher Marco Vassey (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: VASSEY v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : VASSEY c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Scott J.—Toronto, May 4; Ottawa, July 18, 2011.

Cour fédérale, juge Scott—Toronto, 4 mai; Ottawa, 18 juillet 2011.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding that applicant not Convention refugee or person in need of protection — Applicant, U.S. Army sergeant, deployed to Afghanistan — Receiving orders contrary to rules of armed conflict — Developing mental health problems — Objecting to participation in wars — Going absent without leave, claiming refugee protection in Canada — Submitting no opportunity to raise defence against desertion charges — Board interpreting United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn; finding no discriminatory use of prosecutorial discretion, no evidence of unauthorized command influence — Whether Board ignoring evidence, erring in analysis of state protection — Board failing to consider evidence, provide adequate reasons with respect to issue of applicable defences to charge of desertion — Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Minister of Employment and Immigration v. Satiacum binding on Board — Open to applicant to present evidence that U.S. military justice system not available to him in seeking state protection — Board's analysis of evidence concerning independence, impartiality of U.S. court-martial system unreasonable — Evidence corroborating submission that no defence for charge of desertion available — Huet-Vaughn prevailing law, similarly situated individuals not able to appeal to U.S. Supreme Court, no avenue of state protection remaining — Charge of desertion strict liability offence, motive for desertion irrelevant — Therefore, applicant's argument not able to present evidence of motive for desertion, illegality of conduct in Afghanistan going directly to issue of state protection — Also no evidence before Board to support finding that ability to raise defence of unauthorized command influence applying to exercise of prosecutorial discretion — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention, ni une personne à protéger — Le demandeur, sergent dans l'Armée américaine, a participé à un déploiement en Afghanistan — Il a reçu des ordres contraires aux règles des conflits armés — Le demandeur a commencé à éprouver des problèmes de santé mentale — Il s'est objecté à participer à des guerres — Il s'est absenté sans permission et a demandé l'asile au Canada — Il prétendait qu'il n'y avait aucune possibilité d'opposer une défense valable à des accusations de désertion — La Commission a interprété l'arrêt United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn et a conclu que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre n'avait pas été appliqué d'une manière discriminatoire, et que rien n'indiquait l'influence illicite des commandements — Il s'agissait de déterminer si la Commission a omis de prendre en considération les éléments de preuve et si son analyse de la protection de l'État était erronée — La Commission a omis de tenir compte de la preuve et de motiver adéquatement la question des moyens de défense applicables à l'accusation de désertion — La Commission était liée par les arrêts Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum — Le demandeur avait la possibilité de présenter une preuve démontrant que le système de justice militaire aux États-Unis ne constituait pas un recours dont il pouvait se prévaloir dans son pays afin d'obtenir la protection de l'État — L'analyse faite par la Commission de l'indépendance et de l'impartialité du système de justice militaire américain est déraisonnable — La preuve a corroboré la prétention selon laquelle il n'existe pas de défense valable à des accusations de désertion — L'affaire

Huet-Vaughn est le droit qui prévaut, et les individus dans une situation similaire n'ont pas pu interjeter appel devant la Cour suprême des États-Unis; il ne subsistait donc pas de recours visant à obtenir la protection de l'État — L'accusation de désertion est une infraction de responsabilité stricte pour laquelle le motif de la désertion n'est pas pertinent — En conséquence, l'argument selon lequel le demandeur ne peut pas présenter de preuve concernant le motif de sa désertion, ni l'illégalité de la conduite exigée de lui en Afghanistan, touche directement à l'existence de la protection de l'État — Par ailleurs, aucun élément de preuve soumis à la Commission n'étayait la conclusion voulant que la recevabilité de la défense fondée sur l'influence illicite des commandements était pertinente quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board finding that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection within the meaning of sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

The applicant, a citizen of the United States, alleged that while on duty in Afghanistan as a U.S. Army sergeant, he was ordered to perform actions contrary to the rules of armed conflict. The applicant described growing mental health concerns during and after his deployment and stated that he became emotionally unstable. He realized that he no longer agreed with the wars in Afghanistan and Iraq, but felt that he could not file for conscientious objector status because his objections were based on specific wars and not grounded in religious beliefs. The applicant then went absent without leave from the U.S. Army and claimed refugee protection in Canada.

In assessing the applicant's submission that there is no opportunity to raise a proper defence against desertion charges, the Board concluded that the United States Court of Appeals for the Armed Forces in *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn* did not decide whether individuals could raise the question of whether they had been ordered to commit an unlawful act, and that the duty to disobey extends to acts that are manifestly beyond the legal power or discretion of the commander as to admit to no rational doubt of their unlawfulness. The Board also found, *inter alia*, that aggravating factors do not necessarily suggest that prosecutorial discretion has been used in a discriminatory manner; and that while the problem of unauthorized command influence is recognized, the evidence did not substantially impeach the U.S. military justice system.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention, ni une personne à protéger en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Le demandeur, citoyen des États-Unis, a soutenu que lorsqu'il était en service en Afghanistan en tant que sergent de l'armée américaine, il a reçu l'ordre d'exécuter des actes contraires aux règles des conflits armés. Le demandeur s'est plaint de problèmes de santé mentale croissants durant et après sa participation au déploiement en Afghanistan et a déclaré qu'il souffrait d'instabilité émotionnelle. Il s'est rendu compte de ce que non seulement il n'approuvait plus les guerres en Afghanistan et en Iraq, mais aussi qu'il ne pouvait pas demander le statut d'objecteur de conscience parce que ses objections étaient fondées sur des guerres particulières, et non sur des convictions religieuses. Le demandeur s'est alors absenté sans permission de l'armée américaine et a demandé l'asile au Canada.

La Commission s'est penchée sur la prétention du demandeur selon laquelle il n'y avait aucune possibilité d'opposer une défense valable à des accusations de désertion, et a conclu que la Cour d'appel des États-Unis pour les Forces armées, dans l'arrêt *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, n'avait pas tranché la question de l'illégalité de l'action qu'on lui avait ordonné de commettre, et que l'obligation de désobéir vise les actes qui sont si manifestement hors de la compétence juridique ou du pouvoir discrétionnaire du commandant qu'il est impossible de douter rationnellement de leur illégalité. La Commission a également conclu, notamment, que des facteurs aggravants n'indiquent pas nécessairement que le pouvoir discrétionnaire a été appliqué d'une manière discriminatoire, et que même si le problème de l'influence illicite des commandements était reconnu, la preuve ne discréditait pas le système de justice militaire américain.

At issue was whether the Board ignored or misinterpreted evidence or failed to provide adequate reasons for its treatment of the evidence, and whether the Board erred in its analysis of state protection.

Held, the application should be allowed.

The Board failed to consider the evidence before it and to provide adequate analysis and reasons for rejecting the evidence that conflicted with its conclusions, particularly with respect to the issue of applicable defences to the charge of desertion in U.S. court-martial proceedings. The Board is bound by the findings of the Federal Court of Appeal in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* and *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum*. It cannot interpret these cases as overturning the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Attorney General) v. Ward*. It was therefore open to the applicant to present evidence of similarly situated individuals showing that the system of military justice in the United States was not a domestic avenue available to him in seeking state protection. The Board's lack of analysis of the evidence concerning the independence and impartiality of the U.S. court-martial system, as well as the lack of reasons for preferring contrary evidence to that of the applicant, was unreasonable since the documentary evidence ignored by the Board goes to one of the central issues of the applicant's claim. The Board's interpretation of *Huet-Vaughn* was also unreasonable. The applicant's submissions that there is no defence for the charge of desertion were corroborated with evidence before the Board. It was unreasonable for the Board to find that similarly situated individuals would be able to appeal their cases to the U.S. Supreme Court and therefore that avenues of state protection remain. Indeed, leave to the U.S. Supreme Court was denied in *Huet-Vaughn*, making this the prevailing law. Further, the evidence of the witnesses herein in addition to the case of *Huet-Vaughn* demonstrated that the charge of desertion operates as a strict liability offence where motive for desertion is not relevant. The applicant's argument that he would not be able to present evidence of his motive for desertion nor of the illegality of the conduct that he was required to perform in Afghanistan went directly to the issue of state protection. Finally, the Board ignored the evidence presented by the applicant about similarly situated individuals and prosecutorial discretion. There was no evidence before the Board to support the finding that the ability to raise unauthorized command influence as a defence presumably applies to the exercise of prosecutorial discretion.

Il s'agissait de déterminer si la Commission a omis de prendre en compte ou interprété erronément la preuve ou omis de motiver adéquatement son appréciation de la preuve, et si l'analyse de la protection de l'État à laquelle la Commission a procédé était erronée.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La Commission a omis de prendre en compte la preuve dont elle disposait et de faire une analyse adéquate et d'expliquer pourquoi elle rejetait les éléments de preuve qui contredisaient ses conclusions, particulièrement en ce qui a trait aux moyens de défense applicables à l'accusation de désertion dans une instance en cour martiale aux États-Unis. Les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* lient la Commission. Elle ne peut pas interpréter ces arrêts comme infirmant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*. Le demandeur avait donc la possibilité de présenter une preuve sur des individus placés dans une situation similaire pour démontrer que le système de justice militaire aux États-Unis ne constituait pas un recours dont il pouvait se prévaloir dans son pays afin d'obtenir la protection de l'État. L'omission, par la Commission, d'apprécier la preuve concernant l'indépendance et l'impartialité du système des cours martiales américain et d'expliquer pourquoi elle préférerait une preuve contraire à celle du demandeur était déraisonnable, car la preuve documentaire dont la Commission n'a pas tenu compte dans ses motifs touche à l'une des questions centrales soulevées par la revendication du demandeur. Par ailleurs, l'interprétation qu'a faite la Commission de l'arrêt *Huet-Vaughn* était déraisonnable. Les prétentions du demandeur selon lesquelles il n'y avait pas de défense contre l'accusation de désertion ont été corroborées par des dépositions devant la Commission. Il était déraisonnable que la Commission conclue que des individus dans une situation similaire auraient pu interjeter appel devant la Cour suprême américaine, et qu'il subsistait donc des recours pour obtenir la protection de l'État. En fait, l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême des États-Unis a été refusée, dans l'affaire *Huet-Vaughn*, de sorte que c'est le droit qui prévaut. De plus, les dépositions des témoins en l'espèce, outre l'affaire *Huet-Vaughn*, démontrent que l'accusation de désertion est considérée comme une infraction de responsabilité stricte, pour laquelle le motif de la désertion n'est pas pertinent. L'argument du demandeur selon lequel il ne pourrait pas présenter de preuve concernant le motif de sa désertion, ni

l'illégalité de la conduite exigée de lui en Afghanistan, touche directement à l'existence de la protection de l'État. Enfin, la Commission n'a pas pris en compte la preuve présentée par le demandeur relativement à des individus placés dans des situations similaires et au pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Aucun élément de preuve soumis à la Commission n'était la conclusion selon laquelle la capacité de présenter une défense fondée sur l'influence illicite des commandements s'appliquait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I to IV.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(d),(f), 72(1), 96, 97.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §837 (2006).

CASES CITED

FOLLOWED:

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; *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85.

CONSIDERED:

Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2008 FC 805; *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (C.A.A.F. 1995); *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, (1992), 88 D.L.R. (4th) 110, 70 C.C.C. (3d) 1; *Key (Re)*, 2010 CanLII 62705 (I.R.B.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kadenko (sub nom. Kadenko v. Canada (Solicitor General))* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532, 124 F.T.R. 160, 206 N.R. 272 (F.C.A.); *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1194, [2011] 1 F.C.R. 36, 358 F.T.R. 189, 86 Imm. L.R. (3d) 114; *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267.

REFERRED TO:

U.S. v. Lewis, 63 M.J. 405 (C.A.A.F. 2006); *Lowell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)d),f), 72(1), 96, 97.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. § 837 (2006).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS SUIVIES :

Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 171; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2008 CF 805; *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (C.A.A.F. 1995); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Key (Re)*, 2010 CanLII 62705 (C.I.S.R.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kadenko*, 1996 CanLII 3981 (C.A.F.); *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1194, [2011] 1 R.C.F. 36; *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814.

DÉCISIONS CITÉES :

U.S. v. Lewis, 63 M.J. 405 (C.A.A.F. 2006); *Lowell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

FC 649; *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; *Miranda Ramos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 298; *Garcia Osorio v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 907; *James v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 546; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (C.A.) (QL); *Gunes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 664; *Begashaw v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 462, 82 Imm. L.R. (3d) 309.

AUTHORS CITED

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, online: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instrree/refugeehandbook.pdf>>.

United Nations Human Rights Committee. *General Comment No. 32: Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*. U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (23 august 2007).

United States. Department of the Army. *Army Regulation 27-10*, 16 November 2005, online: <http://www.aschq.army.mil/supportingdocs/r27_10.pdf>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board finding that the applicant was neither a refugee nor a person in need of protection within the meaning of sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Alyssa Manning for applicant.
Martin Anderson for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

VanderVennen Lehrer, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

2009 CF 649; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Miranda Ramos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 298; *Garcia Osorio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 907; *James c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 546; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.); *Florea c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n^o 598 (C.A.) (QL); *Gunes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 664; *Begashaw c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 462.

DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale n^o 32 : article 14, Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc. N.U. CPR/C/GC/32 (23 août 2007).

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, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4ad2f7fa383.pdf>>.

United States. Department of the Army. *Army Regulation 27-10*, 16 novembre 2005, en ligne : <http://www.aschq.army.mil/supportingdocs/r27_10.pdf>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention, ni une personne à protéger en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Alyssa Manning pour le demandeur.
Martin Anderson pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

VanderVennen Lehrer, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

SCOTT J.:

I. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review of a decision of a member of the Immigration and Refugee Board (the Board), pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) by Christopher Marco Vassey (the applicant). The Board determined that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection under sections 96 and 97 of the Act. The applicant requests that the decision be set aside and the claim remitted for redetermination by a different member of the Board.

II. BACKGROUND

[2] The applicant is an American citizen. He was very involved in the Junior Reserve Officer Training Corps during high school and enlisted in the New Jersey Army National Guard after he turned 17, in September 2003. After completing basic training, the applicant became a recruiter assistant for the National Guard. Feeling disillusioned with the recruitment process in the National Guard, the applicant joined the U.S. Army in April 2006 and was sent to Fort Bragg, North Carolina. The applicant was assigned to an infantry unit to be deployed to Afghanistan in 2007. During the lead up to the mission in Afghanistan, the applicant became concerned about the lack of organization and training of his unit as well as the capabilities of the commanders.

[3] The applicant deployed to Afghanistan in January 2007, and was originally scheduled to end his tour in April 2009. After several months, the applicant learned that his service would be involuntarily extended until at least May 2010. Instead, the applicant chose to voluntarily re-enlist in the Army in April 2007 to secure

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

LE JUGE SCOTT :

I. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) présentée par Christopher Marco Vassey (le demandeur) aux termes du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) voulant que le demandeur ne soit ni un réfugié au sens de la Convention, ni une personne à protéger en vertu des articles 96 et 97 de la Loi. Le demandeur demande à la Cour d'annuler la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à un autre commissaire pour qu'il procède à un nouvel examen.

II. LE CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen américain. Très actif dans le Junior Reserve Officer Training Corps lorsqu'il fréquentait l'école secondaire, il s'est enrôlé dans la New Jersey Army National Guard en septembre 2003, à l'âge de 17 ans. Après avoir terminé son entraînement de base, il est devenu recruteur adjoint pour la National Guard. Désabusé par le processus de recrutement, le demandeur s'enrôle dans l'armée américaine en avril 2006. On le poste à Fort Bragg, en Caroline du Nord, dans une unité d'infanterie qui doit être déployée en Afghanistan en 2007. Alors qu'il se prépare à sa mission en Afghanistan, le demandeur devient préoccupé par le manque d'organisation et de formation de son unité ainsi que par les capacités des commandants.

[3] Le demandeur arrive en Afghanistan en janvier 2007. Initialement, il devait terminer son service là-bas en avril 2009. Après plusieurs mois, le demandeur apprend que la durée de son service serait prolongée contre son gré, et ce, au moins jusqu'au mois de mai 2010. Le demandeur choisit alors de se ré-enrôler volontairement

himself a promotion and tuition funding upon completion. On December 1, 2007, the applicant was promoted to sergeant.

[4] While on duty in Afghanistan, the applicant alleges that he was ordered to perform actions contrary to the rules of armed conflict. These orders included raiding civilian homes and recognizance by fire where his unit pre-emptively fired on a location where they believed the enemy forces were located without taking any precautions to ensure that civilians were not harmed. The applicant further stated that he was part of the supervision of the Afghan National Army which he learned were placing detainees in “hot boxes” under extreme conditions to obtain information. Finally, the applicant alleges that his unit strapped the dead bodies of Afghan insurgents to U.S. military vehicles and drove through villages in order to intimidate local populations.

[5] The applicant described growing mental health concerns during and after his deployment to Afghanistan. Following his voluntary re-enlistment, the applicant began to feel depressed. On leave for two weeks in July 2007, the applicant suffered from nightmares, insomnia and mood swings. He did not describe any of his mental health issues to a superior officer nor did he seek medical assistance. After returning to the United States on April 8, 2008, the applicant stated that he could not spend time with others or be around children and that he was emotionally unstable and felt on edge.

[6] During President Bush’s speech at “All American Week” in 2008, the applicant realized that in addition to no longer agreeing with the mission in Afghanistan, he did not agree with the war in Iraq, as it had nothing to do with the events of September 11, 2001. The applicant began researching options to leave the Army and he determined that because he was a sergeant with four years left on his contract, he would face severe

dans l’armée en avril 2007 pour obtenir une promotion et le financement de ses études lorsqu’il aura terminé son service. Le 1^{er} décembre 2007, le demandeur est promu au rang de sergent.

[4] Le demandeur prétend avoir reçu l’ordre d’exécuter des actes contraires aux règles des conflits armés lors de son service en Afghanistan. Parmi ces ordres figuraient l’exécution de descentes dans des résidences de civils et de reconnaissances du terrain au moyen de tirs, dans le cadre desquelles son unité tirait de manière préventive dans des endroits où, croyait-elle, les forces ennemies se trouvaient, et cela sans prendre aucune précaution pour éviter de blesser des civils. Le demandeur déclare en outre qu’il prenait part à la supervision de l’armée nationale afghane qui, selon ce qu’il a appris, plaçait des détenus dans des [TRADUCTION] « boîtes pénibles » dans des conditions extrêmes afin de leur arracher des renseignements. Enfin, le demandeur allègue que, pour intimider les populations locales, son unité faisait rouler dans des villages des véhicules militaires américains, auxquels étaient attachés des cadavres de rebelles afghans.

[5] Le demandeur s’est plaint de problèmes de santé mentale croissants durant et après son déploiement en Afghanistan. Après son ré-enrôlement volontaire, il a commencé à se sentir déprimé. En congé pendant deux semaines en juillet 2007, le demandeur faisait des cauchemars et souffrait d’insomnie et de sautes d’humeur. Il n’a pas signalé ses problèmes de santé mentale à son officier supérieur et n’a pas non plus cherché à obtenir de l’aide médicale. De retour aux États-Unis le 8 avril 2008, le demandeur déclare qu’il ne supporte pas la compagnie d’autrui ou de se trouver près d’enfants et qu’il souffre d’instabilité émotionnelle et d’irritabilité.

[6] Lors du discours du président Bush à l’occasion de la « All American Week » en 2008, le demandeur prend conscience de ce que non seulement il n’approuve plus la mission en Afghanistan, mais qu’il n’est plus d’accord non plus avec la guerre en Iraq, du fait que celle-ci n’a rien à voir avec les événements du 11 septembre 2001. Le demandeur se met à chercher des moyens de quitter l’armée et il a conclut finalement que, comme il est

punishment for going absent without leave (AWOL). The applicant felt that he could not file for conscientious objector status because his objections were based on specific wars and not grounded in religious beliefs.

[7] On July 7, 2008, the applicant collected his things from Fort Bragg and went AWOL from the U.S. Army. He entered Canada on August 4, 2008, and claimed refugee protection the same day.

[8] The refugee hearing was held on October 9, 2009. The Board's negative decision was issued on August 27, 2010.

III. THE DECISION UNDER REVIEW

[9] The Board issued a lengthy decision, in which state protection was the determinative issue.

[10] The Board reviewed the relevant jurisprudence on state protection, noting that there is a presumption of state protection which a refugee claimant can rebut with clear and convincing evidence of the state's inability to protect. The Board noted that the protection does not have to be effective but rather adequate and that there is a higher burden on the claimant when the state in question is a developed democracy such as the United States of America.

[11] The Board spent several pages reviewing the case of *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413 (*Hinzman*). The appellants, Mr. Hinzman and Mr. Hughey, members of the U.S. military, deserted because of their belief that the war in Iraq was illegal and immoral. The Board found that Justice Sexton of the Federal Court of Appeal held that it was not possible to conclude that the appellants would not have been adequately protected in the United States because they did not access the legal protections available to them.

sergent et qu'il lui reste à accomplir quatre ans de service selon son contrat, il s'exposerait à une peine sévère s'il s'absentait sans permission (ASP). Le demandeur pense qu'il ne peut pas demander le statut d'objecteur de conscience parce que ses objections se fondent sur des guerres particulières et non sur des convictions religieuses.

[7] Le 7 juillet 2008, le demandeur rassemble ses affaires à Fort Bragg et s'absente sans permission de l'armée américaine. Il entre au Canada le 4 août 2008 et demande l'asile le même jour.

[8] L'audition de sa demande du statut de réfugié se tient le 9 octobre 2009. La Commission rend sa décision rejetant sa demande d'asile le 27 août 2010.

III. LA DÉCISION SOUS CONTRÔLE

[9] La Commission rend une longue décision qui porte principalement sur la protection de l'État.

[10] La Commission examine la jurisprudence pertinente sur la protection de l'État, en notant qu'il existe une présomption de protection que le revendicateur d'asile peut réfuter en présentant des éléments de preuve clairs et convaincants de l'incapacité de l'État à le protéger. La Commission note qu'il n'est pas nécessaire que la protection soit efficace, mais qu'elle doit être adéquate et que le fardeau du revendicateur est plus lourd lorsque l'État en cause est une démocratie bien établie comme les États-Unis d'Amérique.

[11] La Commission consacre plusieurs pages à l'arrêt *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171 (*Hinzman*). Les appelants, M. Hinzman et M. Hughey, des militaires des Forces armées américaines, avaient déserté parce qu'ils avaient la conviction que la guerre en Iraq était illégale et immorale. Selon l'analyse de la Commission, le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale a statué qu'il n'était pas possible de conclure que les appelants n'auraient pas été adéquatement protégés aux États-Unis, car ils n'avaient pas demandé les protections légales qui leur étaient offertes.

[12] The Board also reviewed Mr. Justice Beaudry's decision in *Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 805, in which he held that even where the facts raised by a refugee claimant might fall under paragraph 171 of the UNHCR [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] (the UNHCR handbook), the claimant must still establish that state protection is unavailable to him.

A. Ability to Raise the Defence of an Illegal Order

[13] The Board then assessed the applicant's submission that if the motive for desertion is deemed irrelevant and inadmissible in U.S. court-martial proceedings then there is no opportunity to raise a proper defence against desertion charges.

[14] The Board summarized the affidavit evidence of several professors and U.S. military sergeants presented by the applicant.

[15] The Board then considered the case of Captain M. Huet-Vaughn in *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (1995 C.A.A.F.) (*Huet-Vaughn*) of the United States Court of Appeals for the Armed Forces. The Board found that *Huet-Vaughn* does not show that the defence of an unlawful order only applies to extreme cases such as war crimes of grave breaches of the Geneva Conventions [Geneva Conventions for the Protection of War Victims, signed at Geneva on August 12, 1949, being Schedules I to IV of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3]. Rather, the Board concluded that the United States Court of Appeals for the Armed Forces has not decided whether an individual could raise the question of whether he or she had been ordered to commit an unlawful act, and that the duty to disobey extends to acts that are manifestly beyond the legal power or discretion of the commander as to admit to no rational doubt of their unlawfulness.

[12] La Commission examine aussi la décision *Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 805, où le juge Beaudry statue que même si les faits allégués de la demande d'asile pouvaient relever du paragraphe 171 du *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] (Guide des procédures du HCNUR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés]), le demandeur d'asile devait établir qu'il n'avait pas accès à la protection de l'État.

A. La capacité de faire valoir le moyen de défense de l'ordre illégal

[13] La Commission se penche aussi sur la prétention du demandeur selon laquelle, si le motif de la désertion est jugé non pertinent et inadmissible dans une instance en cour martiale américaine, alors il n'y a aucune possibilité d'opposer une défense valable à des accusations de désertion.

[14] La Commission résume les éléments de preuve présentés par le demandeur dans les affidavits de plusieurs professeurs et sergents de l'armée américaine.

[15] La Commission prend en considération le cas de la capitaine M. Huet-Vaughn dans l'arrêt *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (1995 C.A.A.F.) (*Huet-Vaughn*), de la Cour d'appel des États-Unis pour les Forces armées. La Commission conclut qu'il ne découle pas de l'arrêt *Huet-Vaughn* que le moyen de défense fondé sur un ordre illégal s'applique seulement aux cas extrêmes tels que des crimes de guerre constituant des violations graves des Conventions de Genève [Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, signées à Genève le 12 août 1949, qui constituent les annexes I à IV de la *Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3]. Selon elle, la Cour d'appel des États-Unis pour les Forces armées n'a pas tranché la question de l'illégalité de l'action qu'on lui a ordonné de commettre. L'obligation de désobéir ne vise que les actes qui sont si manifestement hors de la compétence juridique ou du pouvoir discrétionnaire du

[16] The Board found that the avenues of appeal were not exhausted in the case of *Huet-Vaughn* and that since the issue of raising an unlawful order in defence of a desertion charge has not been appealed to the Supreme Court, the examples of individuals who were not able to raise the defence do not rebut the presumption of state protection.

[17] The Board also found that there was not sufficient evidence to show that the applicant could not have requested a medical discharge for his psychiatric condition.

B. Differential Prosecutorial Discretion

[18] The Board then assessed the applicant's submission that there is no state protection or procedural protections against the differential, and therefore persecutory, application of prosecutorial discretion by his commanding officer on whether to initiate charges and court-martial proceedings.

[19] The Board reviewed the examples presented by the applicant of James Burmeister and Robin Long, where evidence of these individuals' public comments against the war in Iraq was introduced at their courts-martial. The applicant submitted that these statements were used as aggravating factors and were ultimately the reason for pursuing prosecution as opposed to an administrative discharge for desertion. The Board found that prosecutorial discretion benefits that justice system. If aggravating factors, including public comments against a war, are presented in a proceeding, this does not necessarily suggest that prosecutorial discretion has been used in a discriminatory manner.

commandant qu'il est impossible de douter rationnellement de leur illégalité.

[16] La Commission conclut que les voies d'appel n'ont pas été épuisées dans l'affaire *Huet-Vaughn* puisque la question de la recevabilité de la défense d'ordre illégal à l'encontre d'une accusation de désertion n'avait pas été soumise à la Cour suprême des États-Unis, conséquemment, les exemples d'individus qui n'avaient pas été en mesure de présenter cette défense ne pouvaient servir à réfuter la présomption de protection de l'État.

[17] La Commission conclut également que les éléments de preuve au dossier ne permettent pas d'établir que le demandeur n'aurait pas pu demander une libération pour raisons médicales à cause de son état psychiatrique.

B. Exercice différencié du pouvoir discrétionnaire du poursuivant

[18] La Commission examine ensuite la prétention du demandeur voulant qu'il n'existe pas de protection de l'État ou de protections procédurales contre l'application différenciée, et donc persécutoire, du pouvoir discrétionnaire de son commandant de porter des accusations et d'introduire une instance en cour martiale.

[19] La Commission considère les cas cités par le demandeur, de James Burmeister et Robin Long, qui avaient fait en public des déclarations contre la guerre en Iraq et sur lesquelles une preuve avait été présentée à leur procès en cour martiale. Le demandeur a fait valoir que ces déclarations avaient été considérées comme des facteurs aggravants, ce qui ultimement conduit au maintien de la poursuite plutôt qu'à l'octroi d'une libération administrative pour désertion. De l'avis de la Commission, le pouvoir discrétionnaire du poursuivant servait les fins de ce système de justice. Lorsque des facteurs aggravants, comme des déclarations publiques contre une guerre, sont présentés dans une instance, cela n'indique pas nécessairement que le pouvoir discrétionnaire est appliqué de façon discriminatoire.

C. Independence and Impartiality of the U.S. Military Justice System

[20] The Board then assessed the applicant's submission that the system of military justice in the United States violates basic human rights by not being independent and impartial.

[21] The Board spent several pages recounting the evidence presented from Donald G. Rehkopf, Jr., Professor Eugene Fidell, Marjorie Cohn and Kathleen M. Gilberd for the applicant and Professor Victor Hansen from the respondent.

[22] The Board acknowledged that the applicant's argument that the U.S. military justice system does not comply with the requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) or the factors outlined by the Supreme Court in *R v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*), where the Court considered the Canadian court-martial system. These factors included the lack of security of tenure, financial security and institutional independence.

[23] The Board recounted that Professor Hansen, for the respondent, described the U.S. military justice system as having sufficient checks and balances. He stated that the most important protection against Unauthorized Command Influence (UCI) is Article 37 [§837] of the *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. §§801–946 (2006)] (UCMJ). Article 37 precludes a commander from censuring, reprimanding or admonishing any military members, judge or counsel with respect to findings or sentences of the court. Subsection 37(a) prevents unauthorized influence on a member of the military court. The Board noted that Professor Hansen stated that the commander acts on the advice of military lawyers before taking action and that there is a robust appellate system for preventing errors, such as UCI and other trial errors. The system is further protected by the presiding judge advocate.

C. L'indépendance et l'impartialité du système de justice militaire américain

[20] La Commission se penche aussi sur la prétention du demandeur voulant que le système de justice militaire aux États-Unis viole les droits fondamentaux de la personne du fait qu'il n'est pas indépendant et impartial.

[21] La Commission consacre plusieurs pages aux témoignages des experts Donald G. Rehkopf, jr., du professeur Eugene Fidell, de Marjorie Cohn et de Kathleen M. Gilberd, pour le demandeur, et du professeur Victor Hansen, pour le défendeur.

[22] La Commission reconnaît que l'argument du demandeur voulant que le système de justice militaire américain ne satisfait pas aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) ou aux facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 [*Généreux*], où la Cour s'est penchée sur le système des cours martiales au Canada. Ces facteurs comprennent l'absence d'inamovibilité, de sécurité financière et d'indépendance institutionnelle.

[23] La Commission a fait état de la déclaration du professeur Hansen, qui témoigne pour le défendeur, réaffirme que le système de justice militaire américain comporte des mécanismes de contrôle suffisants. Le professeur Hansen déclare que la protection la plus importante contre l'influence illicite des commandements se trouve à l'article 37 [§837] du *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. §§801 à 946 (2006)] (UCMJ), lequel interdit à un commandant de censurer, de réprimander ou d'admonester tout militaire, juge ou avocat relativement à toute décision de la cour ou peine prononcée par la cour. L'alinéa 37(a) interdit l'exercice de toute influence illicite sur un membre de la cour militaire. La Commission note que le professeur Hansen affirme que le commandant agit sur le conseil d'avocats militaires avant de prendre une mesure quelconque et qu'il existe un système d'appel robuste visant à empêcher les

[24] The Board found that both the respondent and applicant's affiants agree that the military commander has a central role in the U.S. military justice system, including initiating investigations, determining what charges will be brought to what level of court-martial and selecting the panel of jurors and adjudicating the cases.

[25] The Board noted that, generally, the applicant's affiants stated that the U.S. military justice system does not conform to the factors in *Généreux*, above. Under the UCMJ, the judges are appointed at will and lack security of tenure, and institutional independence is lacking as the judges are appointed by the Judge Advocate General. They stated that a discipline model operates where a commander could choose to make an example of a soldier. Further, Article 37 of the UCMJ aimed at correcting UCI is ineffective as complaints of UCI continue and are rarely successful. Mr. Rehkopf stated that the system lacks fundamental aspects of due process and that the checks and balances are insufficient and UCI continues.

[26] The Board member found, at paragraph 89 of his decision [*Key (Re)*, 2010 CanLII 62705 (I.R.B.)], that:

I accept the evidence in the affidavits of Donald G. Rehkopf, Jr., Professor Eugene Fidell, Professor Victor Hansen, Marjorie Cohn and Kathleen M. Gilbert.... I accept the affidavits for the information provided in regard to the US military justice system. Any conclusions drawn from this evidence is the sole responsibility of the Board.

[27] The Board then stated that the test for determining whether state protection is available to a person in

les erreurs, telles les influences illicites des commandements et autres erreurs judiciaires. Le système bénéficie en outre de la protection du juge-avocat.

[24] La Commission conclut que les experts affiants du défendeur de même que ceux du demandeur convenaient que le commandant militaire joue un rôle central dans le système de justice militaire américain, notamment pour ouvrir les enquêtes, déterminer les accusations à porter et le niveau de la cour martiale auquel les porter ainsi que pour sélectionner le jury et statuer sur une affaire.

[25] La Commission note que, de façon générale, les experts affiants du demandeur ont déclaré que le système de justice militaire américain ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt *Généreux*, précité. Aux termes de l'UCMJ, les juges sont nommés de manière discrétionnaire et ne jouissent pas de l'inamovibilité; ils ne bénéficient pas non plus de l'indépendance institutionnelle, car ils sont nommés par le juge-avocat général. Les experts affiants du demandeur ont déclaré qu'on est en présence d'un modèle disciplinaire lorsqu'un commandant peut sélectionner un soldat pour en faire un exemple. De plus, l'article 37 de l'UCMJ qui vise à corriger l'influence illicite des commandements n'est pas efficace, car les plaintes continuent d'être portées à ce chapitre et sont rarement accueillies. M. Rehkopf déclare que le système souffre de plusieurs carences fondamentales sur l'application régulière de la loi, que les mécanismes de contrôle sont insuffisants et que l'influence illicite des commandements se poursuit.

[26] Le commissaire conclut ce qui suit, au paragraphe 89 de sa décision [*Key (Re)*, 2010 CanLII 62705 (C.I.S.R.)] :

J'accepte les éléments de preuve présentés dans les affidavits de Donald G. Rehkopf fils, du professeur Eugene Fidell, du professeur Victor Hansen et de Marjorie Cohn et Kathleen M. Gilbert [...] J'accepte [...] les affidavits portant sur le système de justice militaire américain. Toute conclusion tirée de ces éléments de preuve relève de l'unique responsabilité de la Commission.

[27] Selon la Commission, le test à appliquer pour déterminer s'il était possible à une personne se trouvant

the claimant's position is set out in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.) (*Satiacum*) [at paragraph 26]:

In all but the most extraordinary circumstances all the events leading up to a prosecution and all of the events of a trial in a free and independent foreign judicial system must be taken to be merged into the judicial process and not open to review by a Canadian tribunal. Extraordinary circumstances would be those, for example, which tended to impeach the total system of prosecution, jury selection or judging, not discrete indiscretions or illegalities by individual participants which, even if proved, are subject to correction by the process itself....

[28] The Board acknowledged that the U.S. military justice system has not changed as much as the Canadian and British systems over the past decades.

[29] Concerning UCI, the Board found that in the evidence before it, there is disagreement as to the prevalence of UCI within the U.S. military justice system. The Board concluded that the appellate case *U.S. v. Lewis*, 63 M.J. 405 [C.A.A.F. 2006] shows that the problem of UCI is recognized and can be raised as a defence. The Board stated [at paragraph 92] that “[t]his would presumably extend to the misuse of prosecutorial discretion.”

[30] The Board concluded that on the balance of probabilities, the evidence does not substantially impeach the U.S. military justice system.

D. Hazing

[31] The Board then assessed the applicant's submission that there was not adequate state protection against cruel and unusual “hazing” that he could face as discipline from his commanding officer or unit if he were returned to the Army.

dans la position du demandeur de se prévaloir de la protection de l'État est énoncé dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL) (*Satiacum*) [au paragraphe 26] :

Sauf dans les circonstances les plus extraordinaires, tous les événements qui ont donné lieu à une poursuite et ceux qui entourent le déroulement d'un procès dans un système judiciaire libre et impartial à l'étranger doivent être considérés comme partie intégrante du processus judiciaire et ne peuvent faire l'objet d'un examen par un tribunal canadien. A titre d'exemple, de circonstances extraordinaires: celles qui tendent à entacher tout le régime de poursuites, la sélection du jury ou le jugement, et non de simples indiscretions ou illégalités commises par des parties et qui, si la preuve en est faite, peuvent être corrigées à l'intérieur même du processus [...]

[28] La Commission reconnaît que le système de justice militaire américain n'avait pas changé autant que les systèmes canadien et britannique au cours des dernières décennies.

[29] En ce qui a trait à l'influence illicite des commandements, la Commission estime d'après les éléments de preuve qu'il y a désaccord quant à l'importance de cette influence dans le système de justice militaire américain. La Commission conclut qu'il ressortait de l'arrêt *U.S. v. Lewis*, 63 M.J. 405 [C.A.A.F. 2006], que le problème de l'influence illicite des commandements est reconnu et peut servir de moyen de défense. Selon la Commission [au paragraphe 92], « [c]e recours comprendrait probablement l'utilisation abusive du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. »

[30] La Commission détermine que, selon la prépondérance des probabilités, les éléments de preuve ne discréditent pas substantiellement le système de justice militaire américain.

D. Les brimades

[31] La Commission examine ensuite la prétention du demandeur voulant qu'il n'existe aucune protection de l'État adéquate contre les « brimades » cruelles et inusitées auxquelles il serait exposé en punition de la part de son commandant ou de son unité, advenant son retour dans les forces armées.

[32] The Board found that the case of *Lowell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 649 (*Lowell*) demonstrates that there is a mechanism for appealing treatment of authorized non-judicial punishment under Army Regulation 27-10. The Board further found that the applicant could also use the tactic of going to the media if he experiences unauthorized hazing. The Board also noted that the Eighth Amendment of the U.S. Constitution prohibits cruel and unusual punishment.

[33] The Board concluded by finding that the applicant was not a Convention refugee or person in need of protection as he had not rebutted the presumption of state protection with clear and convincing evidence. It was therefore unnecessary to consider paragraph 171 of the UNHCR handbook and the claim was dismissed.

IV. RELEVANT LEGISLATION

[34] The relevant portions of the Act are appended to this decision.

V. ISSUES AND STANDARD OF REVIEW

[35] There are two principal issues in this application:

(1) Did the Board ignore or misinterpret evidence or fail to provide adequate reasons for its treatment of the evidence?

(2) Did the Board err in its analysis of state protection?

[36] Where previous jurisprudence has determined the standard of review applicable to a particular issue before the court, the reviewing court may adopt that standard of review (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 57).

[32] La Commission estime que, suivant la décision *Lowell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 649 (*Lowell*), il existe un mécanisme pour interjeter appel de l'infliction d'un châtimeut extrajudiciaire autorisé aux termes du règlement militaire 27-10. À son avis, le demandeur pouvait également recourir aux médias en cas de brimades non autorisées. Le huitième amendement de la constitution américaine, a-t-elle précisé, interdit les châtimeuts cruels et inusités.

[33] La Commission conclut que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention ou une personne à protéger, car il n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants. Il n'est donc pas nécessaire de considérer le paragraphe 171 du Guide des procédures du HCNUR et la revendication est rejetée.

IV. LA LÉGISLATION PERTINENTE

[34] Les parties pertinentes de la Loi sont annexées à la présente décision.

V. LES QUESTIONS EN LITIGE ET LA NORME DE CONTRÔLE

[35] La présente demande soulève deux questions principales :

1) La Commission a-t-elle ignoré ou mal apprécié les éléments de preuve ou omis de motiver adéquatement son appréciation des éléments de preuve?

2) L'analyse de la protection de l'État de la Commission est-elle erronée?

[36] Lorsque la norme de contrôle applicable à une question particulière soumise à la cour est déterminée dans la jurisprudence, la cour de révision peut adopter cette norme de contrôle (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 57).

[37] The question of whether the Board failed to consider the evidence before it is a factual one that usually attracts deference and will be reviewed on the standard of reasonableness (see *Dunsmuir*, above; *Miranda Ramos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 298, at paragraph 6; *Garcia Osorio v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 907, at paragraph 19).

[38] Assessments of the adequacy of state protection raise questions of mixed fact and law. As such, these issues are also reviewable against a standard of reasonableness (see *Hinzman*, above, at paragraph 38; *James v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 546, at paragraph 16).

[39] In reviewing the Board's decision using a standard of reasonableness, the Court is concerned with whether the Board has come to a conclusion that is transparent, justifiable, and intelligible and within the range of acceptable outcomes based on the evidence before it (see *Dunsmuir*, above, at paragraph 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59).

VI. PARTIES SUBMISSIONS

Applicant's Submissions

[40] The applicant submits that his evidence and arguments are vastly different than those put forward in *Hinzman*, above, relied on by the Board. Unlike the applicant, the appellants in *Hinzman* put forward no information to rebut the presumption of state protection. The applicant's evidence in this regard included demonstrating that the U.S. court-martial system fails to meet international standards of fairness and that a soldier is unable to raise his motives for desertion as a defence against such charges.

[41] The applicant argues that the Board mistreated the evidence on the fairness of the military justice

[37] La question de savoir si la Commission a omis de considérer la preuve dont elle disposait est une question factuelle qui appelle habituellement la retenue; elle sera contrôlée selon la norme de la raisonabilité (voir *Dunsmuir*, précité; *Miranda Ramos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 298, au paragraphe 6; *Garcia Osorio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 907, au paragraphe 19).

[38] L'appréciation du caractère suffisant de la protection de l'État soulève des questions mixtes de fait et de droit. Celles-ci sont susceptibles de révision selon la norme de la raisonabilité (voir *Hinzman*, précité, au paragraphe 38; *James c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 546, au paragraphe 16).

[39] Pour contrôler la décision de la Commission selon la norme de la raisonabilité, la Cour doit rechercher si la Commission a tiré une conclusion transparente, justifiable et intelligible, appartenant aux issues possibles acceptables fondées sur la preuve dont elle disposait (voir *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59).

VI. LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

Les prétentions du demandeur

[40] Le demandeur fait valoir que ses éléments de preuve et ses arguments sont très différents de ceux présentés dans l'arrêt *Hinzman*, précité, sur lequel la Commission s'est appuyée. Contrairement au demandeur, les appelants dans l'arrêt *Hinzman* n'avaient soumis aucun renseignement pour réfuter la présomption de protection de l'État. Les éléments de preuve du demandeur à cet égard comprennent la démonstration que le système américain des cours martiales n'est pas conforme aux normes internationales d'équité et qu'un soldat ne peut faire valoir ses motifs de désertion comme moyens de défense contre de telles accusations.

[41] Le demandeur soutient que la Commission a mal apprécié les éléments de preuve qu'il a présentés sur

system in the U.S. The Board stated that it accepted the evidence provided by the applicant in the affidavits of Donald G. Rehkopf, Jr., Professor Eugene Fidell, Marjorie Cohn and Kathleen M. Gilberd. However, the Board did not provide any reasons for why, despite accepting the information in the expert affidavits, it nonetheless concluded the opposite from what was contained therein.

[42] The applicant submits that the significance and probative value of evidence before the Board reasonably increases when it emanates from a more expert source and the responsibility of the decision maker to outline their reasons for dismissing the evidence that directly contradicts their conclusions also increases. The Board erred by failing to properly consider this evidence.

[43] The Board also did not analyse the evidence provided by these individuals demonstrating that the jury selection process, as well as the lack of tenure provided to military judges and appellate judges are inadequate.

[44] The applicant further contends that the Board misinterpreted and ignored evidence on the issue of available defences to the charge of desertion.

[45] The applicant submits that the Board misinterpreted the U.S. case law on this issue. The applicant submits that the case of *Huet-Vaughn*, above, stands for the proposition that the motive for why an individual soldier deserted the military is irrelevant and inadmissible on the question of whether the soldier is guilty of desertion. The applicant submits that an unlawful order defence is only applicable to orders offences and not to the charge of desertion. Further, the applicant submits that the Board erred in finding that the *Huet-Vaughn* decision does not limit the scope of the unlawful order defence to war crimes. There was ample evidence before the Board by experts and members of the U.S. military on the application of the *Huet-Vaughn* case. The Board did not provide reasons for why it preferred its own interpretation of the law in the U.S. to that of military law

l'équité du système de justice militaire aux É.-U. La Commission déclare accepter les éléments de preuve présentés par le demandeur dans les affidavits de Donald G. Rehkopf, jr., du professeur Eugene Fidell, de Marjorie Cohn et de Kathleen M. Gilberd. Cependant, elle n'a pas expliqué pourquoi elle est parvenue, malgré son acceptation de la teneur des affidavits des experts, à une conclusion contraire.

[42] Le demandeur soutient que plus est grande l'expertise présentée à titre d'élément de preuve, plus grande est la pertinence et la valeur probante devant la Commission, et plus grande est également la responsabilité du décideur de motiver son rejet des éléments qui contredisent directement ses conclusions. La Commission a commis une erreur en ne considérant pas les éléments de preuve de manière appropriée.

[43] La Commission n'a pas non plus analysé les éléments de preuve présentés par les experts affiants concernant l'insuffisance du processus de sélection du jury, ainsi que l'absence d'inamovibilité des juges militaires et des juges de cours d'appel.

[44] Le demandeur soutient en outre que la Commission interprète erronément les éléments de preuve sur la question des moyens de défense possibles contre l'accusation de désertion et qu'elle n'en a pas tenu compte.

[45] Le demandeur fait valoir que la Commission interprète erronément la jurisprudence américaine sur cette question. Le demandeur fait observer que l'arrêt *Huet-Vaughn*, précité, établit que le motif de la désertion d'un soldat n'est pas pertinent et est irrecevable relativement à la question de savoir s'il est coupable de désertion. Le demandeur soutient qu'un moyen de défense fondé sur un ordre illégal ne s'applique qu'aux infractions ayant trait aux ordres et non à l'accusation de désertion. De plus, le demandeur prétend que la Commission a commis une erreur en concluant que l'arrêt *Huet-Vaughn* ne limite pas la possibilité de soulever une défense fondée sur un ordre illégal aux crimes de guerre. De nombreux éléments de preuve ont été présentés à la Commission par des experts et des militaires américains relativement à l'application de l'arrêt *Huet-Vaughn*. La

professor and practitioners and military members. This renders the Board's reasons inadequate.

[46] The applicant submits that this is important because he would not be able to raise the conduct that he was ordered to perform in Afghanistan at a court-martial for the charge of desertion. He argues that there is therefore no state protection for being prosecuted for desertion despite the fact that he deserted because he was ordered to perform acts which would satisfy paragraph 171 of the UNCHR handbook.

A. State Protection

[47] The applicant submits that in addition to the mistreatment of evidence, the Board made several errors in its state protection analysis.

[48] The applicant argues that if the Board did truly accept the evidence of the applicant's four affiants named above that the U.S. military justice system is not an independent or impartial tribunal and is not in conformity with international standards or the Charter, then its conclusion must be that there exists adequate protection for the applicant nonetheless is an unreasonable conclusion.

[49] Under paragraphs 3(3)(d) and (f) of the Act, decisions made under sections 96 and 97 of the Act must be consistent with the Charter and must comply with Canada's obligations under international human rights instruments. The applicant submits that interpreting adequate state protection to be that which falls below standards set out in international human rights instruments and the Charter is unreasonable and contrary to the Act. The applicant submits that this is also contrary to the UNHCR handbook which states, at paragraph 60:

In such cases, due to the obvious difficulty involved in evaluating the laws of another country, national authorities

Commission n'explique pas pourquoi elle préfère sa propre interprétation du droit américain à celle d'un professeur, de spécialistes du droit militaire et de militaires. Ce défaut rend les motifs de la Commission insuffisants.

[46] Le demandeur fait observer qu'il ne pourrait pas soulever la conduite qu'il lui avait été ordonné de suivre en Afghanistan dans une cour martiale en défense à l'accusation de désertion. Il soutient par conséquent qu'il n'existe pas de protection étatique à l'égard d'une poursuite pour désertion, malgré le fait qu'il a déserté parce qu'on lui a ordonné d'exécuter des actes visés par le paragraphe 171 du Guide des procédures du HCNUR.

A. La protection de l'État

[47] Le demandeur soutient que, outre sa mauvaise appréciation des éléments de preuve, la Commission commet plusieurs erreurs dans son analyse de la protection de l'État.

[48] Le demandeur affirme que si la Commission avait véritablement accepté la déposition des quatre experts affiants voulant que le système de justice militaire américain ne soit pas indépendant ou impartial et donc pas conforme aux normes internationales ou à la Charte, alors sa conclusion qu'il existe néanmoins une protection adéquate pour le demandeur est déraisonnable.

[49] Selon les alinéas 3(3)d) et f) de la Loi, les décisions rendues aux termes des articles 96 et 97 de la Loi doivent être conformes à la Charte et doivent satisfaire aux obligations incombant au Canada aux termes des instruments internationaux en matière de droit de la personne. Le demandeur prétend qu'estimer adéquate une protection de l'État qui est inférieure aux normes énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne et dans la Charte est déraisonnable et contraire à la Loi. Il soutient que cela est également contraire au Guide des procédures du HCNUR, dont le paragraphe 60 énonce ce qui suit :

En pareil cas, compte tenu des difficultés que présente manifestement l'évaluation des lois d'un autre pays, les autorités

may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick. Moreover, recourse may usefully be had to the principles set out in the various international instruments relating to human rights, in particular the International Covenants on Human Rights, which contain binding commitments for the States parties and are instruments to which many States parties to the 1951 Convention have acceded.

[50] In addition, the applicant argues that the Board made conclusions about differential prosecution that were not based on the evidence before it. The Board concluded that “the ability to raise UCI as a defence presumably applies to the exercise of prosecutorial discretion”. The applicant argues that there is no basis in the evidence for this conclusion and that in fact the evidence contradicts it. The decision on whether to initiate charges in the first place in the U.S. is completely within the purview of the Command and therefore would not be considered “unlawful” and is not subject to review on the basis of UCI. The Board’s conclusion was therefore unreasonable.

[51] The applicant further submits that the Board concluded that it is appropriate to punish certain soldiers over others for desertion where the prosecution feels there are aggravating factors such as speaking out about the war, because prosecutorial discretion benefits the justice system. However, the applicant submits that if the “aggravating factor” motivating the prosecution is the individual’s expression of his political beliefs, then the prosecutorial discretion has been exercised in a discriminatory and persecutory manner according to paragraph 169 of the UNHCR handbook. Aggravating factors cannot include an individual’s race, religion, sexual orientation, gender or political opinion. The Board erred by concluding otherwise. Further, the Board did not provide any meaningful analysis on the evidence before it indicating that members of the U.S. military have been singled out for prosecution because of their political beliefs.

nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales. En outre, il peut être utile de se référer aux principes énoncés dans les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, en particulier dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l’homme, qui ont force obligatoire pour les états parties et qui sont des instruments auxquels ont adhéré nombre des états parties à la Convention de 1951.

[50] De plus, le demandeur rappelle que la Commission tire, en ce qui concerne le traitement différent par le poursuivant, des conclusions qui ne s’appuient pas sur les éléments de preuve dont elle disposait. La Commission conclut qu’il fallait présumer que la capacité de présenter une défense fondée sur l’influence illicite des commandements s’appliquait à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Le demandeur soutient que rien dans les éléments de preuve n’étaye cette conclusion, qu’elle vient plutôt contredire. La décision sur l’opportunité de tout d’abord déposer des accusations aux É.-U. relève entièrement du commandement et elle ne serait donc pas considérée comme « illégale », et elle n’est pas susceptible de révision pour cause d’influence illicite des commandements. La conclusion de la Commission est donc déraisonnable.

[51] Le demandeur soutient également que la Commission a conclu qu’il est opportun de punir certains soldats et non d’autres pour leur désertion lorsque la poursuite estime qu’il existe des facteurs aggravants tels que le fait de se prononcer publiquement contre la guerre, parce que le système de justice bénéficie du pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Cependant, le demandeur soutient que si le « facteur aggravant » qui motive la poursuite est l’expression des convictions politiques de l’individu, alors le pouvoir discrétionnaire du poursuivant est exercé d’une manière discriminatoire et persécutoire aux termes du paragraphe 169 du Guide des procédures du HCNUR. Les facteurs aggravants ne peuvent comprendre la race, la religion, l’orientation sexuelle, le sexe ou les opinions politiques d’un individu. La Commission commet donc une erreur en parvenant à une conclusion contraire. De plus, la Commission n’a pas fait une analyse sérieuse des éléments de preuve voulant que la poursuite sélectionne les militaires en fonction de leurs convictions politiques.

Respondent's Submissions

[52] The respondent submits that the Federal Court of Appeal's decision in *Hinzman* and the Supreme Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, were binding on the Board. That is, states are presumed capable of protecting their own citizens and this presumption is only displaced with clear and convincing confirmation of the state's inability to protect a claimant. This presumption is particularly strong with respect to a developed democracy like the United States. The Court of Appeal in *Hinzman* concluded that the U.S. is a fully functioning democracy with a robust judicial system, that provides significant procedural protection to an individual who is the subject of a court-martial proceeding. These include the presumption of innocence, assessment by an impartial adjudicator, the right to know the case against oneself and a high standard of proof to meet before conviction. Further, the Federal Court of Appeal held, in *Satiacum*, above, that a foreign legal system is presumed to be fair absent evidence that substantially impeaches its processes. Given this, the applicant was required to seek out and exhaust all avenues of protection before he could rebut the presumption of state protection.

[53] The applicant made no attempt to seek recourse through any means other than refugee protection. He did not complain to his superiors, choose not to re-enlist, seek re-assignment, seek treatment for mental health issues or seek a discharge on medical grounds before deserting. The respondent submits that the *Hinzman*, above, principle that where applicants have not adequately accessed the legal protection available to them in their country, they cannot assert that their rights would not be adequately protected.

[54] The respondent submits that the Board did not ignore evidence but rather undertook a detailed and meticulous examination of the evidence before it. The respondent argues that the Board accepted the qualifications of each of the applicant and respondent's

Les prétentions du défendeur

[52] Le défendeur soutient que la Commission était liée par les arrêts *Hinzman* de la Cour d'appel fédérale et *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, de la Cour suprême. En d'autres termes, il est présumé que les États sont en mesure de protéger leurs propres citoyens et cette présomption ne cesse de s'appliquer que si l'incapacité de l'État à protéger un demandeur est confirmée de manière claire et convaincante. Cette présomption est particulièrement forte dans le cas d'une démocratie bien établie comme les États-Unis. La Cour d'appel dans l'arrêt *Hinzman* conclut que les É.-U. sont une démocratie pleinement fonctionnelle dotée d'un système de justice solide, qui accorde une protection procédurale importante aux personnes traduites en cour martiale. Cette protection comprend la présomption d'innocence, un examen par un juge impartial, le droit de connaître la preuve à réfuter et l'obligation de satisfaire à une norme de preuve élevée pour pouvoir obtenir une condamnation. De plus, la Cour d'appel fédérale a statué, dans l'arrêt *Satiacum*, précité, qu'un système juridique étranger est présumé être juste à défaut d'éléments de preuve jetant un doute substantiel sur ses procédures. Cela étant, le demandeur devait épuiser tous les recours avant de pouvoir réfuter la présomption de protection de l'État.

[53] Le demandeur ne s'est prévalu d'aucun recours avant de demander l'asile. Il ne s'est pas plaint à ses supérieurs, n'a pas choisi de ne pas s'enrôler de nouveau, n'a pas demandé une autre affectation ou tenté d'obtenir des soins pour ses problèmes de santé mentale, pas plus qu'il n'a tenté d'obtenir une libération pour raisons médicales avant de désertier. Le défendeur fait valoir que, suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Hinzman*, précité, les demandeurs qui ne se sont pas régulièrement prévalus de la protection légale disponible dans leur pays ne peuvent pas affirmer que leurs droits ne seraient pas adéquatement protégés.

[54] Le défendeur affirme que la Commission, loin d'ignorer les éléments de preuve, a procédé à un examen méticuleux et précis des éléments dont elle disposait. Il soutient que la Commission a accepté les qualifications de chacun des experts affiants du demandeur et du

affiants and carefully detailed the evidence provided by all five individuals. The Board weighed the evidence and noted the disagreement between the affiants, but concluded that the self-correcting mechanisms in the military justice system meet the requirements for adequate state protection. The conclusions of the affiants could not be substituted for the determination the Board itself was required to make. The Board also addressed U.S. jurisprudence that while UCI can be a concern with prosecution, there is redress for an accused to raise it as a defence. The applicant is faulting the Board for preferring the evidence of Professor Hansen to that of the applicant's.

[55] The respondent submits that neither of the applicant's main concerns substantially impeaches the U.S. military justice system; namely, the persistence of UCI and the possibility that prosecutorial discretion could be misused. The evidence provided by the affiants does not indicate that even if the accused's political opinion was considered an aggravating factor in the use of prosecutorial discretion, the accused could not appeal the decision. Similarly, there was no evidence to suggest that persons alleging UCI are unable to exercise their appeal rights.

[56] The respondent further submits that the Board [at paragraph 39] reasonably interpreted the case of *Huet-Vaughn*, above, to provide that, where a soldier receives an order to commit a positive act that would be considered a war crime or other crime "so manifestly beyond the legal power of a commander" to order, the defence of "unlawful orders" is available. The applicant did not put evidence before the Board that the conduct he observed would rise to the level contemplated in paragraph 171 [of the UNHCR handbook], nor that he was ever ordered to perform such acts. The applicant also put no evidence before the Board about the

défendeur et qu'elle a relevé de manière précise les éléments soumis par ces cinq personnes. La Commission a soupesé les éléments de preuve et noté le désaccord entre les divers experts affiants, mais elle a conclu que les mécanismes d'autocorrection du système de justice militaire satisfaisaient aux exigences en ce qui concerne la suffisance de la protection de l'État. Les conclusions des experts affiants ne pouvaient pas être substituées à la décision qu'il incombait à la Commission elle-même de rendre. La Commission a également traité de la jurisprudence américaine selon laquelle, si l'influence illicite des commandements peut certes constituer une préoccupation en ce qui a trait aux poursuites, l'accusé a jouit d'un recours puisqu'il peut invoquer cette influence illicite comme moyen de défense. Le demandeur reproche à la Commission d'avoir préféré les éléments de preuve contenus dans la déposition du professeur Hansen aux éléments qu'il a déposés.

[55] Le défendeur soutient que ni l'une ni l'autre des préoccupations principales du demandeur ne jette un doute important sur le système de justice militaire américain, soit la persistance de l'influence illicite des commandements et la possibilité d'abus du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Rien dans les dépositions des experts affiants n'indique qu'il serait impossible à l'accusé d'interjeter appel de la décision, même dans le cas où ses opinions politiques seraient considérées comme un facteur aggravant aux fins de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. De même, rien ne démontre que des personnes qui allèguent l'influence illicite des commandements se trouvent dans l'incapacité d'exercer leurs droits d'appel.

[56] Le défendeur fait observer en outre que la Commission [au paragraphe 39] a estimé de manière raisonnable que, selon l'arrêt *Huet-Vaughn*, précité, le soldat qui reçoit l'ordre de commettre un acte positif susceptible d'être considéré comme un crime de guerre ou autre [TRADUCTION] « hors du champ de compétence juridique du commandant », peut invoquer le moyen de défense fondé sur des [TRADUCTION] « ordres illégaux ». Le demandeur n'a présenté aucun élément de preuve à la Commission pour établir que les actes qu'il avait exécutés correspondaient aux actes visés par le paragraphe 171 [Guide des procédures du HCNUR], ni

duties he would be assigned if redeployed and whether they would put him at risk of breaching the rules of armed conflict.

[57] The respondent argues that the Board did not ignore evidence regarding the unlawful order defence. It fully appreciated the evidence given by Ms. Cohn and Mr. Gespass and concluded that this evidence did not demonstrate that the defence of illegal order could not be advanced as a defence on a desertion charge, or that the applicant would not be able to advance it in the circumstances of his case. The respondent submits that pursuant to *Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 805 [cited above], the applicant must first establish that the state would be unable or unwilling to protect him before the Board can consider whether particular facts would bring him within paragraph 171 of the UNHCR handbook. The applicant did not do so.

[58] The respondent further submits that the test for adequate state protection is not conformity with international or Charter standards. The respondent submits that the Supreme Court in *Généreux*, above, did not determine the degree of judicial independence required by international law of any court-martial system. Further, the criteria in *Généreux* and the *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221 decision relied on by the applicant have not risen to the level of peremptory international legal norms. The American court-martial system meets the criteria of independence established by the UNHRC [United Nations Human Rights Committee] *General Comment No. 32: Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*. U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (23 August 2007): it is independent of the executive, judges enjoy protections guaranteeing security of tenure, and the executive is not able to control or direct the conduct of a court-martial. Further, absent a demonstration that the standards highlighted in the *Généreux* decision represent minimum international norms, they cannot be used to

qu'on lui a à un moment quelconque ordonné d'exécuter de tels actes. Le demandeur n'a présenté non plus aucune preuve quant aux missions qui lui seraient confiées s'il était redéployé et quant à la question de savoir si ces missions l'exposeraient au risque de violer les règles des conflits armés.

[57] Le défendeur soutient que la Commission n'a pas ignoré les éléments de preuve relatifs à la défense fondée sur un ordre illégal. Elle a dûment tenu compte des dépositions de M^{me} Cohn et de M. Gespass, concluant qu'elles ne démontraient pas l'irrecevabilité de la défense fondée sur un ordre illégal relativement à une accusation de désertion ou l'impossibilité pour le demandeur de faire valoir cette défense eu égard aux faits de l'espèce. Le défendeur soutient que, selon la décision *Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 805 [précitée], le demandeur doit d'abord démontrer que l'État ne pouvait ou ne voulait pas le protéger avant que la Commission puisse rechercher si les faits particuliers relèvent du paragraphe 171 du Guide des procédures du HCNU. Or le demandeur a fait défaut d'établir les éléments de preuve.

[58] Le défendeur soutient en outre que le test applicable en matière de protection de l'État n'est pas la conformité avec les normes internationales ou la Charte. Il fait valoir que la Cour suprême dans l'arrêt *Généreux*, précité, n'a pas déterminé quel était le degré d'indépendance judiciaire requis de tout système des cours martiales en droit international. De plus, les critères énoncés dans les arrêts *Généreux* et *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221, invoqués par le demandeur n'ont pas été érigés en normes internationales péremptoires. Le système de cour martiale américain est conforme aux critères d'indépendance énoncés dans le commentaire général n° 32 [*Observation générale n° 32 : Article 14, Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, Doc. N.U. CPR/C/GC/32 (23 août 2007)] des Nations Unies, Comité des droits de l'homme : il est indépendant du pouvoir exécutif, les juges jouissent de protections qui garantissent l'inamovibilité et le pouvoir exécutif ne peut pas contrôler ou diriger la conduite d'une cour martiale. En outre, sans démonstration que les normes

assess a sufficiency of the protection offered by a foreign legal system.

[59] The respondent submits that on the basis of the evidence before it, the Board could reasonably find that the applicant would be adequately protected within the U.S. military justice system. The continued existence of UCI does not rise to this level.

VII. ANALYSIS

(1) Did the Board ignore or misinterpret evidence or fail to provide adequate reasons for its treatment of the evidence?

[60] Subject to a complete breakdown of the state apparatus, states are presumed to be able to protect their citizens. The applicant bears the onus to rebut this presumption on a balance of probabilities with clear and convincing evidence of the state's inability to protect. This evidence can be either "testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize" (*Ward*, above, at pages 724–725).

[61] The evidentiary burden to rebut the presumption is higher when the state in question is a developed democracy. As the Federal Court held in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kadenko* [*sub nom. Kadenko v. Canada (Solicitor General)*] (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (C.A.), at page 534:

When the state in question is a democratic state, as in the case at bar, the claimant must do more than simply show that he or she went to see some members of the police force and that his or her efforts were unsuccessful. The burden of proof that rests on the claimant is, in a way, directly proportional to the level of democracy in the state in question: the more democratic the state's institutions, the more the claimant must have done to exhaust all the courses of action open to him or her...

mises de l'avant dans la décision *Généreux* représentent des normes internationales minimales, on ne peut y recourir pour mesurer la suffisance de la protection dispensée par un système juridique étranger.

[59] Le défendeur soutient que la Commission pouvait, à partir des éléments de preuve au dossier, conclure raisonnablement que le demandeur serait adéquatement protégé dans le système de justice militaire américain. La persistance de l'influence illicite des commandements ne s'élève pas à ce niveau.

VII. ANALYSE

1) La Commission a-t-elle ignoré ou mal apprécié les éléments de preuve ou omis de motiver adéquatement son appréciation des éléments de preuve?

[60] Sauf effondrement complet de l'appareil étatique, les États sont présumés être en mesure de protéger leurs citoyens. Il incombe au demandeur de réfuter cette présomption selon la prépondérance des probabilités au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants de l'incapacité de l'État à le protéger. Le demandeur peut déposer « le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et [faire valoir] que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidées [*sic*], ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée » (*Ward*, précité, aux pages 724 et 725).

[61] Le fardeau de réfuter la présomption s'alourdit lorsque l'État en cause est une démocratie bien établie. Comme la Cour fédérale l'a écrit dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kadenko*, 1996 CanLII 3981 (C.A.), au paragraphe 5 :

Lorsque l'État en cause est un état démocratique comme en l'espèce, le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses. Le fardeau de preuve qui incombe au revendicateur est en quelque sorte directement proportionnel au degré de démocratie atteint chez l'État en cause: plus les institutions de l'État seront démocratiques, plus le revendicateur devra avoir cherché à épuiser les recours qui s'offrent à lui. [Note en fin de texte omise.]

The Federal Court of Appeal has further considered this elevated burden with respect to the United States, noting in *Hinzman*, above, at paragraph 46, that:

The United States is a democratic country with a system of checks and balances among its three branches of government, including an independent judiciary and constitutional guarantees of due process. The appellants therefore bear a heavy burden in attempting to rebut the presumption that the United States is capable of protecting them and would be required to prove that they exhausted all the domestic avenues available to them without success before claiming refugee status in Canada. In *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 at page 176 (F.C.A.) (*Satiacum*) this Court was called upon to consider a claim of insufficient state protection in the United States and commented on the difficult task facing a claimant attempting to establish a failure of state protection in the United States:

In the case of a nondemocratic State, contrary evidence might be readily forthcoming, but in relation to a democracy like the United States contrary evidence might have to go to the extent of substantially impeaching, for example, the jury selection process in the relevant part of the country, or the independence or fair-mindedness of the judiciary itself.

[62] The Court agrees with the respondent that the findings of the Federal Court of Appeal in *Hinzman* and *Satiacum*, above, are binding on this Court and were so on the Board, it cannot interpret these cases as overturning the Supreme Court's decision in *Ward*, above. The Supreme Court clearly stated in *Ward* that a refugee claimant can rebut the presumption of state protection with evidence of similarly situated individuals let down by the arrangement of state protection.

[63] It was therefore open to the applicant to present evidence of similarly situated individuals showing that the system of military justice in the United States was not a domestic avenue available to him in seeking state protection due to the lack of independence, impartiality or the lack of defences to the charge of desertion. But he also had to show on a balance of probabilities that all of

La Cour d'appel fédérale a aussi considéré ce fardeau accru en ce qui concerne les États-Unis, faisant observer ce qui suit dans l'arrêt *Hinzman*, précité, au paragraphe 46 :

Les États-Unis sont un pays démocratique où les pouvoirs des trois branches du gouvernement sont limités par un système de freins et contrepoids, ce qui comprend un appareil judiciaire indépendant et des protections constitutionnelles assurant l'équité du processus. Les appelants ont donc le lourd fardeau de devoir réfuter la présomption selon laquelle les États-Unis sont en mesure de les protéger et, pour ce, ils doivent prouver qu'ils ont épuisé tous les recours disponibles aux États-Unis sans avoir obtenu gain de cause avant de demander l'asile au Canada. Dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.) (*Satiacum*), à la page 176, il a été demandé à la Cour de se pencher sur une prétention selon laquelle la protection étatique aux États-Unis était insuffisante et la Cour a formulé des commentaires sur la difficulté de la tâche incombant au demandeur tentant d'établir l'absence de protection étatique aux États-Unis :

Dans le cas d'un État non démocratique, il peut être facile de faire la preuve contraire, mais en ce qui a trait à un État démocratique comme les États-Unis, il se peut qu'il faille aller jusqu'à démontrer, par exemple, que le processus de sélection du jury est gravement atteint dans la région en question ou que l'indépendance ou le sens de l'équité des juges est en cause.

[62] La Cour convient avec le défendeur que les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Hinzman* et *Satiacum*, précités, lient la Cour et qu'elles liaient également la Commission, mais elle ne peut interpréter ces arrêts comme infirmant l'arrêt *Ward*, précité, de la Cour suprême. La Cour suprême a statué de manière claire dans l'arrêt *Ward* qu'un revendicateur d'asile peut réfuter la présomption de protection de l'État en établissant que des personnes placées dans une situation semblable n'ont pas pu bénéficier du dispositif de protection étatique.

[63] Le demandeur avait donc la possibilité de présenter des éléments de preuve sur des individus placés dans une situation semblable pour démontrer que le système de justice militaire aux États-Unis n'offrait pas une avenue dont il pouvait se prévaloir dans son pays afin d'obtenir la protection de l'État, étant donné l'absence d'indépendance ou d'impartialité ou l'absence de moyens

the avenues that were open to him would have resulted in an unfair treatment because of the U.S. military system of justice.

[64] The Board, in turn, was under a duty to consider all evidence before it. This duty did not require the Board to summarize all of the evidence in its decision so long as it properly addressed evidence which contradicted its conclusions (see *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (C.A.) (QL)). The duty to assess this evidence increased with the expert nature of the affidants providing it (see *Gunes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 664; *Begashaw v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 462, 82 Imm. L.R. (3d) 309).

[65] The Board's duty to explain itself increases directly with the relevance of the evidence provided.

[66] The evidence presented by the applicant on the independence and impartiality of the court-martial system in the U.S. emanated from several individuals arguably experts in U.S. military law. Mr. Fidell is a Professor of Law at Yale University and the President of the National Institute of Military Justice since 1991. Mr. Rehkopf was a judge advocate in the U.S. Air Force since 1976 and has been practicing military law for 34 years. Ms. Cohn is a law professor and has published widely on disengagement from the military in the United States.

[67] After summarizing the evidence for several pages, the Board's analysis of the five affiant's evidence was somewhat limited. The only conclusion drawn by the Board is that while UCI is a problem, it can be raised as a defence. This and the self-correcting mechanism of Article 37 [of the UCMJ] demonstrate that state protection is available. The Board did not comment specifically

de défense relativement à l'accusation de désertion. Mais le demandeur devait également démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les recours qui s'offraient à lui auraient tous conduit à un traitement inéquitable à cause du système de justice militaire américain.

[64] Il incombait à la Commission, quant à elle, de prendre en considération l'ensemble des éléments de preuve présentés. Cela ne l'obligeait pas à résumer dans sa décision tous les éléments de preuve, dans la mesure où elle traitait de manière appropriée des éléments qui contredisaient ses conclusions (voir *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.); *Florea c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 598 (C.A.) (QL)). L'obligation d'apprécier ces éléments de preuve était une expertise des experts affidants qui les présentaient (voir *Gunes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 664; *Begashaw c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 462).

[65] L'obligation de la Commission de s'expliquer s'inscrit en proportion directe à la pertinence des éléments de preuve présentés.

[66] Les éléments de preuve présentés par le demandeur sur l'indépendance et l'impartialité du système de cour martiale aux É.-U. provenaient de plusieurs personnes reconnues comme des experts du droit militaire américain. M. Fidell est professeur de droit à l'université Yale et président du National Institute of Military Justice depuis 1991. M. Rehkopf, qui a été un juge-avocat dans la U.S. Air Force, a publié de nombreux articles sur les façons de se désengager de l'armée aux États-Unis.

[67] Or, après avoir résumé les éléments de preuve pendant plusieurs pages, la Commission se contente d'une analyse quelque peu limitée des dépositions des cinq experts affidants. Sa seule conclusion veut que, bien qu'elle soit problématique, l'influence illicite des commandements peut néanmoins constituer un moyen de défense. Cela ainsi que les mécanismes autocorrecteurs

on all the evidence of the affiants which directly stated that these self-correcting mechanisms were ineffective. The Board did not address the findings of the affiants on the jury selection process, the lack of tenure provided to military judges and the inadequacy of appellate judges. Nor did it indicate why it preferred the evidence of Professor Hansen to that of the four other affiants. But nonetheless it concluded, at paragraph 93 of its decision, that: “Effectiveness in state protection is a consideration but I find that, on a balance of probabilities, the evidence does not substantially impeach the US military system.” Was this conclusion of the Board reasonable?

[68] As Mr. Justice de Montigny held in *Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1194, [2011] 1 F.C.R. 36, also commenting [at paragraph 52] on the Board’s assessment of Mr. Rehkopf: “it was not sufficient to summarize the evidence presented by the applicant. The Board member should have addressed that evidence and discussed it in his reasons”. Justice de Montigny further held, at paragraph 69, that:

... I am of the view that his affidavit was not just a lay opinion which the board could reject without providing reasons for doing so. Mr. Rehkopf obviously had a long experience as a military lawyer and has acted as defense counsel, prosecutor and judge for many years. It was open to the Board, of course, to prefer other evidence to that provided by Mr. Rehkopf.

The Court finds the Board’s lack of analysis of the evidence before it concerning the independence and impartiality of the U.S. court-martial system, as well as the lack of reasons for preferring contrary evidence to that of the applicant to be unreasonable since the documentary evidence ignored by the Board in its reasons goes to one of the central issues of the applicant’s claim.

prévus à l’article 37 [de l’UCMJ] démontrent l’existence de la protection de l’État. La Commission n’a fait aucun commentaire particulier sur les déclarations des experts affiants sur l’inefficacité de ces mécanismes autocorrecteurs. La Commission ne traite pas de leurs conclusions quant au processus de sélection du jury, l’absence d’inamovibilité des juges militaires et l’insuffisance des juges en appel. Elle n’indique pas non plus pour quelles raisons elle préférerait la déposition du professeur Hansen à celle des quatre autres experts affiants. Mais elle a néanmoins conclu ainsi au paragraphe 93 de sa décision : « L’efficacité de la protection de l’État est un facteur à prendre en considération, mais j’estime que, selon la prépondérance des probabilités, les éléments de preuve ne montrent pas que le système de justice militaire américain est gravement atteint ». Cette conclusion de la Commission était-elle raisonnable?

[68] Comme le juge de Montigny l’a écrit dans la décision *Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 1194, [2011] 1 R.C.F. 36, alors qu’il faisait également un commentaire [au paragraphe 52] sur l’évaluation d’une déposition de M. Rehkopf par la Commission, « il ne suffisait pas pour le commissaire de résumer la preuve présentée par la demanderesse. Il aurait dû l’examiner et l’évaluer dans ses motifs ». Le juge de Montigny a ajouté ceci au paragraphe 69 :

[...] je suis d’avis que son affidavit valait plus que l’opinion d’une personne ordinaire que le commissaire pouvait rejeter sans motif. De toute évidence, M. Rehkopf avait beaucoup d’expérience en tant qu’avocat militaire et avait agi à titre d’avocat de la défense, de procureur et de juge pendant de nombreuses années. Le commissaire était tout à fait libre de se fier à une autre preuve qu’à celle fournie par M. Rehkopf.

La Cour conclut que l’omission de la Commission d’apprécier les éléments de preuve sur l’indépendance et l’impartialité du système des cours martiales américain et d’expliquer pourquoi elle préférerait des éléments de preuve contraires à ceux du demandeur était déraisonnable, car les éléments de preuve documentaires dont la Commission n’a pas tenu compte dans ses motifs touchent à l’une des questions centrales soulevées par la revendication du demandeur.

[69] Concerning the U.S. Court of Appeals for the Armed Forces case *Huet-Vaughn*, the Court agrees with the applicant that the Board’s interpretation of the case was unreasonable. The U.S. Court of Appeals for the Armed Forces held that (at paragraphs 43 and 45):

To the extent that CPT Huet-Vaughn quit her unit because of moral or ethical reservations, her beliefs were irrelevant because they did not constitute a defence...

...

To the extent that CPT Huet-Vaughn’s acts were a refusal to obey an order that she perceived to be unlawful, the proffered evidence was irrelevant. The so-called “Nuremberg defense” applies only to individual acts committed in wartime; it does not apply to the Government’s decision to wage war. The duty to disobey an unlawful order applies only to “a positive act that constitutes a crime” that is “so manifestly beyond the legal power or discretion of the commander as to admit of no rational doubt of their unlawfulness.” CPT Huet-Vaughn tendered no evidence that she was individually ordered to commit a “positive act” that would be a war crime.

[70] The Board concluded [at paragraphs 43–44] that this decision did not stand for the principle that “the defence of an unlawful order only applies to extreme cases such as war crimes or grave breaches of the Geneva Convention” and that the “United States Court of Appeals for the Armed Forces has not decided whether an individual could raise the question of whether he or she had been ordered to commit an unlawful act.”

[71] However, the applicant’s submissions before the Board were that for the charge of desertion, not disobeying orders, there is no defence. This was corroborated with evidence before the Board from two experts and three members of the U.S. military. While the Board summarized this evidence in the decision, it did not analyse it or provide reasons for rejecting it. Rather, the Board focused on the right of appeal within the court-martial system and found that similarly situated individuals would be able to appeal their cases to the

[69] En ce qui concerne l’arrêt *Huet-Vaughn* de la Cour d’appel des É.-U. pour les Forces armées, la Cour convient avec le demandeur que l’interprétation qu’en a faite la Commission était déraisonnable. La Cour d’appel des États-Unis pour les Forces armées énonce ceci (aux paragraphes 43 et 45) :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la capitaine Huet-Vaughn a quitté son unité à cause de réserves morales ou éthiques, ses convictions n’étaient pas pertinentes parce qu’elles ne constituaient pas un moyen de défense [...]

[...]

Dans la mesure où les actions de la capitaine Huet-Vaughn représentaient un refus d’obéir à un ordre qu’elle considérait comme illégal, les éléments de preuve offerts n’étaient pas pertinents. La soi-disant « défense de Nuremberg » ne s’applique qu’aux actes individuels commis en temps de guerre; elle ne s’applique pas à la décision du gouvernement de déclencher une guerre. Le devoir de désobéir à un ordre illégal s’applique seulement à un « acte positif qui constitue un crime », lequel est « si hors du champ de compétence juridique du commandant qu’il est impossible de douter rationnellement de son illégalité ». La capitaine Huet-Vaughn n’a présenté aucun élément de preuve indiquant qu’elle a personnellement reçu l’ordre de commettre un « acte positif » qui constituerait un crime de guerre.

[70] La Commission conclut [aux paragraphes 43 et 44] que cette décision n’établissait pas en principe que « le fait de soulever un ordre illégal comme [moyen de] défense ne s’applique que dans des cas extrêmes, comme des crimes de guerre ou de graves infractions à la Convention de Genève » et que « la [cour d’appel des forces armées des États-Unis] n’a pas décidé si une personne pouvait soulever la question de savoir si elle s’était vue ou non ordonner de commettre un acte illégal ».

[71] Cependant, le demandeur prétend devant la Commission qu’il n’y a pas de défense contre l’accusation de désertion, et non contre celle de désobéissance aux ordres. Cela est corroboré par les dépositions de deux experts et de trois militaires américains. Quoique la Commission ait résumé ces dépositions dans sa décision, elle ne les a pas évaluées et n’a pas expliqué pourquoi elle les rejetait. Elle a plutôt mis l’accent sur l’existence d’un droit d’appel dans le système des cours martiales et conclut que des individus dans une situation similaire

U.S. Supreme Court, which they have not done, and therefore avenues of state protection remain.

[72] The Court finds this to be an unreasonable conclusion. First, as the applicant noted in reply, leave to the U.S. Supreme Court was denied in the case of *Huet-Vaughn*, making this the prevailing law. Further, the evidence of the professors, practitioner, and military members in addition to the case of *Huet-Vaughn* demonstrate that the charge of desertion operates as a strict liability offence where motive for desertion is not relevant.

[73] The UNHCR handbook acknowledges that, as a general rule, prosecution of deserters does not amount to persecution. However, paragraph 171 provides a caveat:

Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in the light of all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution.

[74] While the Board correctly noted that Justice Zinn held in *Lowell*, above, that the applicant must first show that state protection is unavailable before raising the facts under paragraph 171 of the UNHCR handbook, the applicant's argument went directly to the issue of state protection.

[75] Given that the applicant would not be able to present evidence of his motive for desertion nor of the illegality of the conduct that he was required to perform in Afghanistan which could demonstrate a breach of the Geneva Conventions on the rules of armed conflict, this goes directly to the availability of state protection.

auraient pu interjeter appel devant la Cour suprême américaine, ce qu'ils n'ont pas fait, et qu'il subsistait donc des recours pour obtenir la protection de l'État.

[72] La Cour considère qu'il s'agit là d'une conclusion déraisonnable. Premièrement, comme le demandeur l'a noté dans sa réplique, l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême des É.-U. a été refusée dans l'affaire *Huet-Vaughn*, de sorte que c'est le droit qui prévaut. De plus, les dépositions des professeurs, de l'intervenant et des militaires, outre l'affaire *Huet-Vaughn*, démontrent que l'accusation de désertion est considérée comme une infraction de responsabilité stricte pour laquelle le motif de la désertion n'est pas pertinent.

[73] Le Guide du HCNUR reconnaît que le fait de poursuivre les déserteurs ne constitue pas, en règle générale, de la persécution. Cependant, le paragraphe 171 formule une réserve :

N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution.

[74] Quoique la Commission ait noté avec raison que, suivant la décision du juge Zinn dans la décision *Lowell*, précitée, le demandeur doit d'abord démontrer l'absence de la protection de l'État avant de soulever les faits en vertu du paragraphe 171 du Guide des procédures du HCNUR, l'argument du demandeur touchait directement à la question de la protection de l'État.

[75] Le fait que le demandeur ne pourrait pas présenter d'éléments de preuve portant sur le motif de sa désertion ni l'illégalité de la conduite exigée de lui en Afghanistan, éléments qui seraient susceptibles de démontrer une violation des Conventions de Genève sur les règles des conflits armés, touche directement à l'existence de la protection de l'État.

[76] As noted above, the Board was under a duty to consider the evidence before it and address that which conflicted with its conclusions. It had to provide adequate analysis and reasons for rejecting such evidence. The failure to do so with respect to the issue of applicable defences to the charge of desertion in U.S. court-martial proceedings was unreasonable.

(2) Did the Board err in its analysis of state protection?

[77] The applicant argued before Board that there is no state protection for the discriminatory application of prosecutorial discretion. The applicant presented evidence before the Board indicating that while the large part of deserters are administratively discharged, those who speak out publicly against the war in Iraq were selected to be court-martialled and prosecuted for desertion. This Court recognized the disproportionate prosecution for desertion of those who have spoken out against the wars in Iraq and Afghanistan.

[78] For example, in *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267, Mr. Justice Russell reviewed a decision of the Board concerning the use of prosecutorial discretion to target individuals more severely through the court-martial process who have spoken out against the war. At paragraph 101, Justice Russell concluded of the Board's decision that:

... the whole state protection analysis needs to be reconsidered in the light of the stated risk, and supporting evidence, that the U.S. authorities will not neutrally apply a law of general application, but will target the Principal Applicant for prosecution and punishment solely because of her political opinion in a context where other deserters, who have not spoken out against the war in Iraq, have been dealt with by way of administrative discharge.

[76] Comme la Cour l'a souligné plus haut, la Commission avait l'obligation de considérer les éléments de preuve présentés et de traiter des éléments qui contredisaient ses conclusions. Elle devait faire une analyse adéquate et expliquer pourquoi elle rejetait ces éléments de preuve. L'absence d'analyse et de motifs quant à la question des moyens de défense applicables à l'accusation de désertion dans une instance en cour martiale aux É.-U. était déraisonnable.

2) L'analyse de la protection de l'État de la Commission est-elle erronée?

[77] Le demandeur soutient devant la Commission que la protection de l'État était inexistante en ce qui avait trait à l'exercice discriminatoire du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Le demandeur a présenté à la Commission des éléments de preuve qui indiquaient que, bien qu'une grande partie des déserteurs bénéficient d'un renvoi par mesure administrative, ceux qui se prononcent publiquement contre la guerre en Iraq étaient sélectionnés pour être traduits en cour martiale pour désertion. La Cour a reconnu qu'un nombre disproportionné de personnes qui se sont prononcées contre les guerres en Iraq et en Afghanistan ont été effectivement poursuivies pour désertion.

[78] Par exemple, dans la décision *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814, le juge Russell a révisé une décision de la Commission en ce qui avait trait à l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le but d'infliger un traitement plus sévère aux individus s'étant prononcés contre la guerre par le moyen d'un procès en cour martiale. Au paragraphe 101, le juge Russell a conclu ce qui suit à propos de la décision de la Commission :

[...] il faut reprendre l'ensemble de l'analyse relative à la protection de l'État en tenant compte du risque allégué, et de la preuve à l'appui, à savoir que les autorités américaines n'appliqueront pas une loi d'application générale de façon neutre, mais qu'elles choisiront la demanderesse principale comme cible de poursuites et de sanctions simplement du simple fait de ses opinions politiques, alors que d'autres déserteurs, qui ne se sont pas prononcés contre la guerre en Iraq, ont fait l'objet de renvoi par mesure administrative.

[79] The Board in the case at bar largely ignored the evidence presented by the applicant about similarly situated individuals and prosecutorial discretion. The Board concluded that using prosecutorial discretion is a benefit to the justice system and is appropriate where there are aggravating factors.

[80] Paragraph 169 of the UNCHR handbook indicates that:

A deserter or draft-evader may also be considered a refugee if it can be shown that he would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. The same would apply if it can be shown that he has well-founded fear of persecution on these grounds above and beyond the punishment for desertion.

[81] As such, the UNHCR handbook, as well as the jurisprudence above, hold that where prosecutorial discretion is used to inflict a disproportionately severe punishment on a deserter because of his or her political opinion, this may amount to persecution.

[82] The Court finds that the Board's failure to assess the evidence before it concerning the application of prosecutorial discretion on the grounds of political opinion was unreasonable.

[83] Similarly, the Board speculated that "the ability to raise UCI as a defence presumably applies to the exercise of prosecutorial discretion". There was no evidence before the Board to support such a finding.

[84] As the Federal Court of Appeal held in *Satiacum*, above, the Board's findings cannot be based upon evidence that is the "sheerest conjecture or the merest speculation". As such, the Court finds that Board's analysis on the misuse of prosecutorial discretion in U.S. court-martial proceedings was unreasonable.

[79] En l'espèce, la Commission a largement ignoré les éléments de preuve présentés par le demandeur relativement à des individus placés dans des situations similaires et au pouvoir discrétionnaire du poursuivant. La Commission conclut que le système de justice bénéficiait de ce pouvoir discrétionnaire et que son exercice était approprié en présence de facteurs aggravants.

[80] Le paragraphe 169 du Guide des procédures du HCNUR indique que :

Un déserteur ou un insoumis peut donc être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il se verrait infliger pour l'infraction militaire commise une peine d'une sévérité disproportionnée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il en irait de même si l'intéressé peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

[81] À ce titre, il ressort du Guide des procédures du HCNUR, ainsi que de la jurisprudence précitée, que l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour infliger à un déserteur une peine d'une sévérité disproportionnée en raison de ses opinions politiques peut constituer de la persécution.

[82] La Cour conclut qu'il était déraisonnable de la part de la Commission de ne pas apprécier les éléments de preuve déposés concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre en fonction des opinions politiques.

[83] De même, la Commission a conjecturé qu'il fallait présumer que la recevabilité de la défense fondée sur l'influence illicite des commandements était pertinente quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Aucun élément de preuve présenté à la Commission n'étayait cette conclusion.

[84] Comme la Cour d'appel fédérale l'énonce dans l'arrêt *Satiacum*, précité, la Commission ne peut fonder ses conclusions sur des éléments de preuve qui soient « purement conjecturale et théorique ». La Cour conclut en conséquence que l'analyse à laquelle la Commission s'est livrée sur l'utilisation abusive du

[85] Given the analysis above concerning the Board's mistreatment of the evidence about the availability of state protection and its unreasonable conclusions on the use of prosecutorial discretion, the Court concludes that it would be incorrect to allow this decision to stand.

[86] The application for judicial review is allowed.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed.
2. There is no question of general importance to certify.

ANNEX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

3. ...

Application (3) This Act is to be construed and applied in a manner that

...

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

...

pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans les instances en cour martiale aux É.-U. était déraisonnable.

[85] Vu l'analyse qui précède en ce qui a trait à la mauvaise appréciation par la Commission des éléments de preuve relatifs à l'existence de la protection de l'État et ses conclusions déraisonnables concernant l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, la Cour détermine qu'il serait incorrect de confirmer cette décision.

[86] La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. Il n'y a pas de question de portée générale à certifier.

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001 ch. 27

3. [...]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

Interprétation
et mise en
œuvre

[...]

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, 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;

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[...]

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.

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 generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

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 :

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.

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 :

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 ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(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) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

Définition de
« réfugié »

Personne à
protéger

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.

UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1

60. In such cases, due to the obvious difficulty involved in evaluating the laws of another country, national authorities may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick. Moreover, recourse may usefully be had to the principles set out in the various international instruments relating to human rights, in particular the International Covenants on Human Rights, which contain binding commitments for the States parties and are instruments to which many States parties to the 1951 Convention have acceded.

...

169. A deserter or draft-evader may also be considered a refugee if it can be shown that he would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. The same would apply if it can be shown that he has well-founded fear of persecution on these grounds above and beyond the punishment for desertion.

170. There are, however, also cases where the necessity to perform military service may be the sole ground for a claim to refugee status, i.e. when a person can show that the performance of military service would have required his participation in military action contrary to his genuine political, religious or moral convictions, or to valid reasons of conscience.

171. Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in the light of

Personne à
protéger

(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.

HCNUR. *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*, HCR/IP/4/Eng/REV.1

60. En pareil cas, compte tenu des difficultés que présente manifestement l'évaluation des lois d'un autre pays, les autorités nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales. En outre, il peut être utile de se référer aux principes énoncés dans les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en particulier dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, qui ont force obligatoire pour les états parties et qui sont des instruments auxquels ont adhéré nombre des états parties à la Convention de 1951.

[...]

169. Un déserteur ou un insoumis peut donc être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il se verrait infliger pour l'infraction militaire commise une peine d'une sévérité disproportionnée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il en irait de même si l'intéressé peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

170. Cependant, dans certains cas, la nécessité d'accomplir un service militaire peut être la seule raison invoquée à l'appui d'une demande du statut de réfugié, par exemple lorsqu'une personne peut démontrer que l'accomplissement du service militaire requiert sa participation à une action militaire contraire à ses convictions politiques, religieuses ou morales ou à des raisons de conscience valables.

171. N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour

all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution.

la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution.

United States Army. *Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. §§801–946 (2006)

United States Army. *Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. §§801 à 946 (2006)

37. Unlawfully Influencing Action of Court

37. Unlawfully Influencing Action of Court

(a) No authority convening a general, special, or summary court-martial, nor any other commanding officer, may censure, reprimand, or admonish the court or any member, military judge, or counsel thereof, with respect to the findings or sentence adjudged by the court, or with respect to any other exercises of its or his functions in the conduct of the proceedings. No person subject to this chapter may attempt to coerce or, by any unauthorized means, influence the action of a court-martial or any other military tribunal or any member thereof, in reaching the findings or sentence in any case, or the action of any convening, approving, or reviewing authority with respect to his judicial acts. The foregoing provisions of the subsection shall not apply with respect to (1) general instructional or informational courses in military justice if such courses are designed solely for the purpose of instructing members of a command in the substantive and procedural aspects of courts-martial, or (2) to statements and instructions given in open court by the military judge, president of a special court-martial, or counsel.

(a) No authority convening a general, special, or summary court-martial, nor any other commanding officer, may censure, reprimand, or admonish the court or any member, military judge, or counsel thereof, with respect to the findings or sentence adjudged by the court, or with respect to any other exercises of its or his functions in the conduct of the proceedings. No person subject to this chapter may attempt to coerce or, by any unauthorized means, influence the action of a court-martial or any other military tribunal or any member thereof, in reaching the findings or sentence in any case, or the action of any convening, approving, or reviewing authority with respect to his judicial acts. The foregoing provisions of the subsection shall not apply with respect to (1) general instructional or informational courses in military justice if such courses are designed solely for the purpose of instructing members of a command in the substantive and procedural aspects of courts-martial, or (2) to statements and instructions given in open court by the military judge, president of a special court-martial, or counsel.

(b) In the preparation of an effectiveness, fitness, or efficiency report on any other report or document used in whole or in part for the purpose of determining whether a member of the armed forces is qualified to be advanced, in grade, or in determining the assignment or transfer of a member of the armed forces or in determining whether a member of the armed forces should be retained on active duty, no person subject to this chapter may, in preparing any such report (1) consider or evaluate the performance of duty of any such member, as counsel, represented any accused before a court-martial.

(b) In the preparation of an effectiveness, fitness, or efficiency report on any other report or document used in whole or in part for the purpose of determining whether a member of the armed forces is qualified to be advanced, in grade, or in determining the assignment or transfer of a member of the armed forces or in determining whether a member of the armed forces should be retained on active duty, no person subject to this chapter may, in preparing any such report (1) consider or evaluate the performance of duty of any such member, as counsel, represented any accused before a court-martial.