

IMM-5069-12
2013 FC 115

IMM-5069-12
2013 CF 115

Jules Guiniling Tindungan (*Applicant*)

Jules Guiniling Tindungan (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : TINDUNGAN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Russell J.—Toronto, January 8; Ottawa, February 1, 2013.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 8 janvier; Ottawa, 1^{er} février 2013.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision refusing applicants' claim for protection as Convention refugee or person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 96, 97 — Applicant, United States citizen, morally objecting to actions of U.S. military while deployed in Afghanistan — Going absent without leave from unit, claiming refugee protection in Canada — Applicant speaking publicly about opposition to U.S. military, fearing persecution if returned to U.S. — RPD finding, inter alia, applicant not rebutting presumption of state protection, not showing reasonable possibility of persecution or risk to life or cruel, unusual treatment, U.S. military actions not coming within 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 (UNHCR Handbook), paragraphs 169, 170 — Whether RPD erring by finding that U.S. judicial system could provide adequate protection; by ignoring evidence on state protection; when interpreting UNHCR Handbook, foreign law; by making unreasonable conclusions — RPD rejecting Canadian, international standards as guide to assess fairness of U.S. military justice system — According to RPD, failure to comply with such standards not rendering state protection inadequate — Decision lacking justification, transparency, intelligibility — Error to conclude that system not meeting basic fairness standards nevertheless providing adequate state protection — Decisions made under IRPA having to comply with Canadian Charter of Rights and Freedoms, international human rights instruments — Interpretation of "adequate" state protection not complying with such instruments when "adequate" falling below standards — UNHCR Handbook clear that national legislation, international instruments may be used in determining whether prosecution amounting to persecution — RPD's conclusions on differential

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le demandeur, un citoyen américain, s'est opposé pour des raisons morales aux actions de l'armée américaine alors qu'il était déployé en Afghanistan — Le demandeur s'est absenté de son unité sans permission et a présenté une demande d'asile au Canada — Le demandeur a fait des déclarations publiques concernant ses opinions à propos de l'armée américaine et il craint d'être persécuté advenant son renvoi aux États-Unis — La SPR a conclu que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État et n'avait pas démontré qu'il existait une possibilité raisonnable qu'il soit persécuté ou qu'il soit exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités et que les actions militaires américaines ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 170 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 du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Guide du HCNUR) — Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur de droit en concluant que le système judiciaire américain pouvait fournir une protection adéquate, en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions, dans son interprétation du Guide du HCNUR et du droit étranger et en tirait des conclusions déraisonnables — La SPR a rejeté le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l'équité du système de justice militaire américain — Selon la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas la protection de l'État inadéquate — La décision n'était pas justifiée, transparente et

punishment unreasonable — RPD not addressing how applicant protected from misuse of prosecutorial discretion — Cogent evidence before RPD contradicting finding that public statements against war not leading to heavier sentences for desertion — RPD assessing incidents experienced by applicant as isolated, not condoned by U.S., not systemic, despite contrary evidence — Evidence showing U.S. military practices falling under UNHCR Handbook — RPD misunderstanding law regarding defences available against desertion charge in U.S. military — RPD concluding applicant failing to rebut presumption of adequate state protection despite fact applicant not able to put forward defence under UNHCR Handbook, paragraph 171 — Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration) teaching this state of law going directly to availability of state protection — Application allowed.

intelligible — C'est une erreur que de conclure qu'un système non conforme aux normes d'équité de base peut néanmoins assurer une protection de l'État adéquate — Les décisions rendues en vertu de la LIPR doivent être compatibles avec la Charte canadienne des droits et libertés et doivent respecter les instruments internationaux portant sur les droits de l'homme — L'interprétation de la protection de l'État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit inférieur aux normes énoncées n'est pas une interprétation qui est conforme à ces instruments — Le Guide du HCNUR indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution, les lois nationales et les instruments internationaux peuvent être utilisés — Les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables en raison de ses renseignements — La SPR n'a pas traité de la façon dont le demandeur serait protégé contre l'abus du pouvoir discrétionnaire du poursuivant — La SPR disposait d'éléments de preuve convaincants qui contredisaient les conclusions que des déclarations publiques contre la guerre n'entraînent pas des peines pour désertion plus sévères — La SPR a évalué les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n'étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n'étaient pas systémiques, malgré la preuve contraire — La preuve indique que les pratiques militaires de l'armée américaine tombent sous le coup du Guide du HCNUR — La SPR a mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l'armée américaine — La SPR a conclu que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État adéquate malgré le fait qu'il n'était pas en mesure d'opposer un moyen de défense fondé sur l'art. 171 du Guide du HCNUR — La décision Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration) enseigne que cet état du droit touche directement à l'existence de la protection de l'État — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board refusing the applicant's claim for protection as a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The applicant, a citizen of the United States, was a member of the U.S. Army. While deployed in Afghanistan, the applicant developed moral objections to the actions, practices and procedures undertaken by the U.S. military. He witnessed and participated in things such as the torture of detainees, violent house raids on civilian homes, and indiscriminate and routine firing into populated civilian areas. After completing his tour, he learned that his unit would soon be redeploying and that the same tactics would be used. After unsuccessfully attempting to be reassigned from infantry duty through official channels, he went absent without leave from his unit. He then came to Canada and claimed refugee protection. The

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et personne à protéger conformément aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le demandeur est un citoyen des États-Unis et est un militaire de l'armée américaine. Alors qu'il était en Afghanistan, le demandeur en est venu à s'opposer pour des raisons morales aux actions, aux pratiques et aux procédures de l'armée américaine. Il a été témoin d'actes dont la torture de détenus, des descentes menées avec violence dans des résidences appartenant à des civils et des tirs à l'aveuglette fréquents dans des régions peuplées de civils. Après avoir terminé sa période de service, il a appris que son unité serait à nouveau déployée sous peu et que les mêmes tactiques seraient utilisées. Après avoir tenté sans succès de quitter l'infanterie et d'obtenir une autre affectation par les voies officielles, il s'est absenté de

applicant spoke publicly on news outlets about his opinions on the U.S. military, stating that he was politically and morally opposed to the actions of the U.S. military, and feared he would be persecuted by his unit if returned to the U.S.

The RPD found, *inter alia*, that the applicant had not rebutted the presumption of state protection, or had not shown that there was a reasonable possibility he would be persecuted or that, on a balance of probabilities, there would be a risk to his life, or cruel and unusual treatment or punishment or torture if he returned to the U.S. As an alternative to its adequate state protection finding, the RPD found that the military actions the applicant objected to do not come within paragraphs 169 and 171 of the 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* (UNHCR Handbook).

At issue was whether the RPD erred by finding that the U.S. judicial system could provide adequate protection; by ignoring evidence that directly contradicted its findings regarding state protection; when interpreting both paragraph 171 of the UNHCR Handbook and foreign law related to raising a defence in the U.S. court-martial system; and by making unreasonable conclusions without regard to, and not supported by, the evidence.

Held, the application should be allowed.

The RPD rejected Canadian and international standards as a guide to what is adequate when it comes to the fairness of a justice system, but did not make it clear what standards it used to assess the fairness and adequacy of the U.S. military justice system. The RPD's position was that failure to comply with such standards does not render state protection inadequate. The decision lacked justification, transparency and intelligibility because it is not possible to ascertain what the RPD meant by fairness in the U.S. system or why that fairness equates with adequacy when it obviously falls short of Canadian and international standards. It is an error in law to conclude that a system which fails to meet basic fairness standards that are internationally recognized to be fundamental to any tribunal system can, nevertheless, provide adequate state protection. The legislature has expressly indicated that decisions made under the IRPA must be consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and must comply with Canada's obligations under international human rights

son unité sans permission. Il est ensuite venu au Canada et y a présenté une demande d'asile. Le demandeur a fait des déclarations publiques à des médias d'information concernant ses opinions à propos de l'armée américaine, indiquant qu'il était une personne opposée pour des raisons politiques et morales aux actions de l'armée américaine et qu'il craignait d'être persécuté par son unité advenant son renvoi aux États-Unis.

La SPR a conclu, entre autres, que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État et n'avait pas démontré qu'il existait une possibilité raisonnable qu'il soit persécuté ou qu'il soit, selon la prépondérance des probabilités, exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités ou d'être soumis à la torture s'il retournait aux États-Unis. La SPR a conclu de façon subsidiaire que les actions militaires auxquelles s'opposait le demandeur d'asile ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 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* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Guide du HCNUR).

Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur de droit en concluant que le système judiciaire américain pouvait fournir une protection adéquate, en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions en ce qui a trait à la protection de l'État; si elle a commis une erreur de droit dans son interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR et son interprétation du droit étranger concernant les moyens de défense qui peuvent être invoqués dans le système de cours martiales aux États-Unis; et si elle a commis une erreur de droit en tirant des conclusions déraisonnables sans égard à la preuve et non étayées par celle-ci.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La SPR a rejeté le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l'équité d'un système de justice mais elle n'a pas indiqué clairement les normes qu'elle a utilisées pour apprécier l'équité et le caractère adéquat du système de justice militaire américain. Selon la position de la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas la protection de l'État inadéquate. La décision n'était pas justifiée, transparente et intelligible parce qu'il n'est pas possible de déterminer ce que voulait dire la SPR lorsqu'elle parle d'équité dans le système américain ni la raison pour laquelle l'équité équivaut au caractère adéquat lorsque, de toute évidence, le système de justice américain n'est pas conforme aux normes canadiennes et internationales. C'est commettre une erreur de droit que de conclure qu'un système qui n'est pas conforme aux exigences fondamentales d'équité reconnues sur le plan international peut néanmoins offrir une protection adéquate. Le législateur a expressément indiqué que les décisions rendues en vertu de la

instruments, as set out under paragraph 3(3)(f) of the IRPA. An interpretation of “adequate” state protection, wherein “adequate” is permitted to fall below standards set out in international human rights instruments, is not an interpretation that would comply with these instruments. The UNHCR Handbook itself makes it clear that in determining whether prosecution amounts to persecution, “national authorities may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick” and that “recourse may usefully be had to the principles set out in the various international instruments relating to human rights.” In the present case, the RPD disregarded these guidelines and principles.

The RPD’s conclusions on differential punishment were unreasonable. The RPD did not address how the applicant would be protected against the misuse of prosecutorial discretion, or how a criminal justice system can be adequate if there is no review of prosecutorial discretion. In this regard, the RPD has not learned the lessons of *Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration)*. There was cogent evidence before the RPD directly contradicting the RPD’s findings that public statements against the war did not lead to heavier sentences for desertion.

As to the applicant’s claim that the military actions he objected to came within paragraphs 169 and 171 of the UNHCR Handbook, the RPD assessed the applicant’s personal experiences as isolated incidents that were not condoned by the United States and were not systemic, or a matter of policy, while completely ignoring the objective documentary evidence that confirmed that the opposite was true. The RPD ignored documentary evidence describing routine practices by the U.S. Army in Iraq and Afghanistan that fall under paragraph 171 of the UNHCR Handbook, and which suggest that the U.S. has not complied with its international obligations in this regard. The RPD also misunderstood the law regarding the defences available against a desertion charge in the U.S. military. The RPD agreed with the applicant that he would not be able to put forward a defence under paragraph 171 of the UNHCR Handbook against a charge of desertion. As *Vassey* teaches, this state of the law of the U.S. “goes directly to the availability of state protection.” Yet the RPD concluded that the applicant failed to rebut the presumption of adequate state protection. The RPD rejected the applicant’s position that he would only be able to submit a defence if he had been ordered to commit a crime or a war crime, and not to conduct one that falls below this threshold, but comes within paragraph 171 of the UNHCR Handbook. Given the teaching in *Vassey*, this

LIPR doivent être compatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et doivent respecter les obligations du Canada en vertu des instruments internationaux portant sur les droits de l’homme, comme l’alinéa 3(3)(f) de la LIPR le prévoit. Une interprétation de la protection de l’État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit inférieur aux normes énoncées dans les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme n’est pas une interprétation qui serait conforme à ces instruments. Le Guide du HCNUK lui-même indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution, « les autorités nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales » et qu’« il peut être utile de se référer aux principes énoncés dans les divers instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme [...] ». En l’espèce, la SPR a clairement ignoré ces lignes directrices et principes.

Les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables. La SPR n’a pas traité de la façon dont le demandeur serait protégé contre l’abus du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, ni de la façon dont le système de justice criminelle peut être adéquat s’il n’existe aucun mécanisme d’examen du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. À cet égard, la SPR n’a pas retenu les enseignements de la décision *Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*. La SPR disposait d’éléments de preuve convaincants qui contredisaient directement ses conclusions que des déclarations publiques contre la guerre n’entraînent pas des peines pour désertion plus sévères.

En ce qui a trait à la prétention du demandeur que les actions militaires auxquelles il s’oppose ne tombent pas sous le coup des paragraphes 169 et 171 du Guide du HCNUK, la SPR a évalué les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n’étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n’étaient pas systémiques, ni une question de politique, tout en ignorant complètement la preuve documentaire objective qui confirmait la véracité de la situation opposée. La SPR a ignoré la preuve documentaire qui discute des pratiques militaires courantes autorisées par l’armée américaine en Iraq et en Afghanistan qui tombent sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUK et qui indiquent que les États-Unis n’ont pas respecté leurs obligations internationales à cet égard. La SPR a aussi mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l’armée américaine. La SPR a convenu avec le demandeur qu’il ne serait pas en mesure d’opposer un moyen de défense fondé sur le paragraphe 171 du Guide du HCNUK à une accusation de désertion. Comme l’enseigne la décision *Vassey*, cet état du droit des États-Unis « touche directement à l’existence de la protection de l’État ». La SPR a conclu néanmoins que le demandeur n’a pas réfuté la présomption de protection de l’État adéquate. La SPR a rejeté la position du demandeur

finding, and the state protection analysis based upon it, was unreasonable. The RPD agreed with the facts that the applicant put forward, but opted to ignore what the Court had to say on the issue in *Vassey*.

qu'il serait uniquement en mesure de présenter un moyen de défense s'il avait reçu l'ordre de commettre un crime ou un crime de guerre, et non de commettre une action qui se situait au-dessous de ce critère, mais qui était visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Compte tenu de l'enseignement dans la décision *Vassey*, cette conclusion, ainsi que l'analyse relative à la protection de l'État qui est fondée sur elle, était déraisonnable. La SPR a reconnu les faits que le demandeur a présentés, mais a alors choisi d'ignorer ce que la Cour avait dit sur la question dans la décision *Vassey*.

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].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 72(1), 96, 97.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. § 837 (2006).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
International Covenant on Civil and Political Rights, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948).

CASES CITED

FOLLOWED:

R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259, (1992), 88 D.L.R. (4th) 110.

APPLIED:

Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 899, [2013] 1 F.C.R. 522; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Flores Carillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160.

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 l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 72(1), 96, 97.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. § 837 (2006).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, qui constitue l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 899, [2013] 1 R.C.F. 522; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Flores Carillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160.

CONSIDERED:

Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, affg 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561; *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Rivera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267; *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Chaves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 193, 45 Imm. L.R. (3d) 58; *Key v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 838, [2009] 2 F.C.R. 625; *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.); *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Trépanier v. R.*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498; *Landry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275; *Lowell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 649.

REFERRED TO:

Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.); *Lozada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 397; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200; *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1313, 400 F.T.R. 91; *Alhayek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1126, 418 F.T.R. 144; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Ozdemir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 331, 282 N.R. 394; *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (1995 C.A.A.F.); *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294; *Usta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1525; *Tuck v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 138; *Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 415, 98 Imm. L.R. (3d) 216; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500.

AUTHORS CITED

Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation, February 2004.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 171, confirmant 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Rivera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 814; *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Chaves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 193; *Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 838, [2009] 2 R.C.F. 625; *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Trépanier c. R.*, 2008 CACM 3; *Landry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 594; *Lowell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 649.

DÉCISIONS CITÉES :

Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst.) (QL); *Lozada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 397; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200; *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1313; *Alhayek c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1126; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Ozdemir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 331; *United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (C.A.A.F. 1995); *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294; *Usta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1525; *Tuck c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 138; *Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 415; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

DOCTRINE CITÉE

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 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://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>>.

Rapport du comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le traitement réservé par les forces de la coalition aux prisonniers de guerre et autres personnes protégées par les Conventions de Genève en Irak durant l'arrestation, l'internement et l'interrogatoire, février 2004.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (2012 CanLII 95533) refusing the applicant's claim for protection as a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (2012 CanLII 95533) a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et de personne à protéger conformément aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES

Alyssa Manning for applicant.
Nur-Muhammed-Ally and *Ndija Anderson* for respondent.

ONT COMPARU

Alyssa Manning pour le demandeur.
Nur-Muhammed-Ally et *Ndija Anderson* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Alyssa Manning, Refugee Law Office, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Alyssa Manning, Refugee Law Office, 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

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

RUSSELL J.:

LE JUGE RUSSELL :

INTRODUCTION

[1] This is an application under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board, dated 18 April 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 95533] (decision), which refused the applicant's application to be deemed a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the Act.

INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée en application du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), de la décision, datée du 18 janvier 2012 [*X (Re)*, 2012 CanLII 95533], par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître au demandeur la qualité de réfugié au sens de la Convention ou celle de personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la Loi.

BACKGROUND

[2] The applicant is a 25-year-old citizen of the United States. He is from Rialto, California and is a member of the United States Army. He served a 15-month deployment in Afghanistan with the 82nd Airborne Unit between 2007 and 2008.

[3] The applicant left his unit in the U.S. Army in 2008 after completing his full deployment tour in Afghanistan. He left the unit after attempting to be released from his duties through official channels.

[4] While in Afghanistan, the applicant developed moral objections to the actions, practices and procedures undertaken by the U.S. military. He witnessed and participated in things such as the torturing of detainees, violent house raids on civilian homes, indiscriminate and routine firing into populated civilian areas without taking any precautions to minimize civilian casualties, and the strapping of the bodies of dead insurgents to the front of U.S. military vehicles so as to parade them around towns and villages and intimidate the local civilian populations.

[5] The applicant came to believe that these acts were illegal and in violation of the Geneva Convention [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3]. After completing his tour and returning to the United States, he learned that his unit would soon be redeploying and that the same tactics would be used. The applicant felt such actions were morally wrong and against international law, and after unsuccessfully attempting to have himself reassigned from infantry duty through official channels, he went absent without leave from his unit.

[6] The applicant came to Canada and claimed refugee protection. His hearings were held in June and December 2010. The RPD made its decision on 18 April 2012 and notified the applicant of the outcome on 10 May 2012.

CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen des États-Unis âgé de 25 ans. Il est originaire de Rialto, en Californie, et est un militaire de l'armée américaine. Il a été déployé en Afghanistan pendant 15 mois au sein de la 82^e division aéroportée en 2007 et en 2008.

[3] Il a quitté son unité de l'armée américaine en 2008 après avoir terminé la totalité de sa période de déploiement en Afghanistan. Il a quitté l'unité après avoir tenté d'être libéré de ses fonctions par les voies officielles.

[4] Alors qu'il était en Afghanistan, le demandeur en est venu à s'opposer pour des raisons morales aux actions, aux pratiques et aux procédures de l'armée américaine. Il a été témoin d'actes dont la torture de détenus, des descentes menées avec violence dans des résidences appartenant à des civils, des tirs à l'aveuglette fréquents dans des régions peuplées de civils sans prendre aucune précaution pour réduire le nombre de victimes parmi eux, le défilé dans les villes et les villages de corps de rebelles morts attachés sur le capot de véhicules militaires pour intimider les populations civiles locales. Il a lui-même participé à de tels actes.

[5] Le demandeur en est venu à croire que ces actes étaient illégaux et qu'ils contrevenaient à la Convention de Genève [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, qui constitue l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3]. Après avoir terminé sa période de service et être retourné aux États-Unis, il a appris que son unité serait à nouveau déployée sous peu et que les mêmes tactiques seraient utilisées. Le demandeur estimait que ces actes étaient moralement répréhensibles et qu'ils allaient à l'encontre du droit international. Après avoir tenté sans succès de quitter l'infanterie et d'obtenir une autre affectation par les voies officielles, il s'est absenté de son unité sans permission.

[6] Le demandeur est venu au Canada et y a présenté une demande d'asile. Les audiences ont eu lieu en juin et en décembre 2010. La SPR a rendu sa décision le 18 avril 2012 et a avisé le demandeur de celle-ci le 10 mai 2012.

DECISION UNDER REVIEW

[7] The RPD denied the applicant's claim because there is not a serious possibility that he would be persecuted if returned to the United States, and because adequate state protection exists there.

Review of the Applicant's Claim

[8] The applicant joined the U.S. Army on 4 August 2005. At that time, he did not know about the tactics used on the ground by the Army, and joined due to the financial situation of his family. He completed airborne training, and then went into the Ranger Indoctrination Program (RIP) to become part of the Rangers, which is an elite group within the Army. Once he entered RIP, he refused to take part in the harsh hazing rituals and so dropped out after two or three days.

[9] After leaving the RIP, he was assigned to his unit, the 82nd Airborne, 4th Brigade Combat Team, 4th Squadron, 73rd Cavalry Regiment at Fort Bragg. He was deployed to Afghanistan in January 2007 and ended his deployment in April 2008. While there, he served at 9 different military bases.

[10] The applicant's first position in Afghanistan was as an Indirect Fire Infantryman. He was involved in many firefights; two soldiers in his unit were killed and many were wounded, including himself.

[11] He was then transferred to a unit involved in active combat operations. Some of the incidents detailed by the applicant as part of his unit's operations included:

- Joint house raid missions with the Afghan National Army (ANA) that involved zip-tying the occupants, holding them at gunpoint, and destroying most of the contents of the house;

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU PRÉSENT CONTRÔLE

[7] La SPR a rejeté la demande d'asile du demandeur parce qu'il n'existe aucune possibilité sérieuse qu'il soit persécuté s'il était renvoyé aux États-Unis et que la protection de l'État y est adéquate.

Examen de la demande d'asile du demandeur

[8] Le demandeur s'est enrôlé dans l'armée américaine le 4 août 2005. À cette époque, il n'était pas au courant des tactiques que l'armée utilisait sur le terrain et il s'est enrôlé en raison de la situation financière de sa famille. Il a terminé son entraînement en vol et a par la suite suivi le programme d'initiation des Rangers (Ranger Indoctrination Program — RIP) en vue de faire partie de ce groupe d'élite de l'armée. Une fois inscrit au RIP, il n'a pas voulu prendre part aux pénibles rituels d'initiation et aux brimades, de sorte qu'il a abandonné le programme après deux ou trois jours.

[9] Après avoir quitté le RIP, il a été affecté à son unité, la 82^e division aéroportée, équipe de combat de la 4^e brigade, le 4^e escadron du 73^e régiment de cavalerie à Fort Bragg. Il a été déployé en Afghanistan de janvier 2007 à avril 2008. Au cours de cette période, il a été affecté à 9 bases militaires différentes.

[10] Le premier poste qu'a occupé le demandeur en Afghanistan était celui de soldat d'infanterie de tir indirect. Il a participé à de nombreux échanges de coups de feu. Deux soldats de son unité ont été tués et plusieurs ont été blessés, dont lui.

[11] Il a alors été transféré à une unité qui se livrait activement à des activités de combat. Parmi les incidents auxquels cette unité aurait participé, il relate les suivants :

- descentes dans des maisons avec l'Armée nationale afghane (ANA) pendant lesquelles les occupants étaient attachés, tenus en joue et la presque totalité du contenu de leur maison était détruit;

- The placement of detainees in shipping compartments known as “hot boxes” and leaving them there for indeterminate periods in extreme temperature conditions;
- confinement de détenus dans des compartiments d’expédition, appelés [TRADUCTION] « boîtes chaudes », dans lesquels ils étaient gardés pendant des périodes indéfinies, à des températures extrêmes;
- The bombarding of large areas of land where there was no enemy with mortars, destroying villages, crops and property—the applicant knew of at least one occasion where innocent civilians were killed;
- bombardements au moyen de mortiers de vastes zones où il n’y avait pas d’ennemis, entraînant la destruction de villages, récoltes et biens; le demandeur sait qu’à au moins une occasion des civils innocents ont été tués;
- The placement of exposed bodies on the back of a trailer, which was then driven through towns to show the locals what happened to fighters;
- placement de corps à l’arrière d’une remorque, pour ensuite défiler dans les villes afin de montrer à la population locale ce qui était arrivé aux combattants;
- The employment of a technique known as “bracketing”, where mortars would be fired around a target until eventually it was hit—the applicant learned that an innocent mother and child were killed using this technique;
- recours à une technique appelée [TRADUCTION] « encadrement », consistant à tirer des mortiers autour d’une cible jusqu’à ce qu’elle soit touchée; le demandeur a su qu’une mère innocente et son enfant avaient été tués lors de tels tirs;
- The refusal of a medic who had been called to treat enemy combatants to provide medical care, stating that he was going to let them die—the applicant said that based on what he heard from another platoon, they all did die;
- refus d’un membre du personnel médical de prodiguer des soins à des combattants ennemis, déclarant qu’il allait les laisser mourir; le demandeur a indiqué que d’après ce qu’il avait entendu d’un autre peloton, ils sont tous effectivement morts;
- The harassment and embarrassment of detainees, such as forcing a man to urinate outside and not allowing him to pray.
- harcèlement et humiliation des détenus, par exemple, forcer un homme à uriner à l’extérieur et ne pas lui permettre de prier.

[12] The applicant also described extreme “hazing” that he was made to endure while in the Army. This included “smoking sessions” where he had to low crawl in gravel rocks scratching his face and elbows, perform flutter kicks, push-ups, run on the spot, and other physical exercises.

[12] Le demandeur a également décrit des « brimades » extrêmes dont il a été la victime pendant qu’il était dans l’armée. Ces brimades ont parfois pris la forme de sessions d’exercices physiques intenses (« *smoking sessions* ») au cours desquelles il a dû ramper à plat ventre sur du gravier, s’éraflant ainsi le visage et les coudes, faire des battements de jambes et des pompes, courir sur place et faire d’autres exercices physiques.

[13] At one point, the applicant suffered a foot injury and had a makeshift cast on his foot. During this time there was a rocket attack, and his sergeant ordered him to run around and check that everyone was accounted for because the sergeant had failed to check the radios and did not want to expose his mistake. The applicant was forced to expose himself to the rocket attack.

[13] À un moment donné, le demandeur a été blessé au pied et a porté un plâtre de fortune. Pendant qu’il avait ce plâtre, il y a eu une attaque à la roquette et son sergent lui a ordonné de courir sur les lieux afin de s’assurer que tout le monde était en vie, parce que le sergent avait omis de vérifier les radios et celui-ci ne voulait pas que son erreur soit connue. Le demandeur a été forcé de s’exposer à l’attaque à la roquette.

[14] Once back in the U.S., the applicant went to see a medic because he was depressed and having trouble going out, seeing people and sleeping. The medic discouraged him from pursuing any mental health treatment because the stigma would negatively impact his career.

[15] The applicant tried various routes of removing himself from what was going on in Afghanistan. He said that he considered making a claim for conscientious objector status, but he knew that he would not qualify because he did not object to all fighting. He tried to apply for a non-combatant position, but learned he would have to be promoted to sergeant in order to become a civil affairs officer. He passed the exam with perfect marks but did not have enough promotion points when he returned from his deployment to be eligible.

[16] The applicant then tried to obtain a transfer, but it was refused because of his specific job placement and experience. He told his captain that he wanted to leave the Army to become a teacher, but the captain made fun of him and wanted him to remain in the unit. The applicant stated that he had no legitimate options that would allow him to get out of the infantry and avoid another deployment. At this point, he decided to desert the military.

[17] The applicant left his post at Fort Bragg on 15 May 2008 and boarded a plane to Los Angeles. The applicant said that during his time in the Army a roommate went AWOL [absent without leave], but then came back within 30 days. He was stripped of all rank and forced to do very difficult physical, pointless tasks such as piling heavy rocks or repeatedly cleaning things that were already clean. He was also ridiculed by his superiors. The applicant came across the War Resisters Support Campaign on the internet and they helped him come to Canada. He arrived in Canada on 16 June 2008 and claimed refugee protection the same day.

[18] Since then, the applicant has spoken publicly on a number of news outlets about his opinions on the U.S.

[14] De retour aux États-Unis, le demandeur a consulté un médecin parce qu'il était déprimé et qu'il avait de la difficulté à sortir, à voir des gens et à dormir. Le médecin lui a déconseillé de suivre des traitements en santé mentale parce que cela était mal vu et que cela aurait des conséquences défavorables sur sa carrière.

[15] Le demandeur a essayé différentes choses pour éviter d'être exposé à ce qui se passait en Afghanistan. Il a déclaré qu'il avait songé à présenter une demande pour obtenir le statut d'objecteur de conscience, mais il savait qu'il ne serait pas admissible parce qu'il ne s'opposait pas à toutes les formes de combat. Il a tenté de postuler pour obtenir un poste de non-combattant, mais il a appris qu'il devait être promu au grade de sergent pour devenir un officier des affaires civiles. Il a réussi l'examen en obtenant une note parfaite, mais il ne possédait pas suffisamment de points pour être admissible à cette promotion au retour de son déploiement.

[16] Le demandeur a alors tenté d'obtenir une mutation, mais celle-ci lui a été refusée en raison du poste précis qu'il occupait et de son expérience. Il a déclaré à son capitaine qu'il voulait quitter l'armée pour devenir un enseignant, mais le capitaine, qui ne voulait pas qu'il quitte l'unité, s'est moqué de lui. Le demandeur a indiqué qu'il n'avait aucun moyen légitime de quitter l'infanterie et d'éviter un autre déploiement. À ce moment-là, il a décidé de désertier.

[17] Le demandeur a quitté son poste à Fort Bragg le 15 mai 2008 et il a pris l'avion à destination de Los Angeles. Il a déclaré que pendant son séjour dans l'armée, un camarade s'était absenté sans permission [ASP], mais qu'il était revenu après 30 jours. Il avait été dépouillé de tous ses grades et forcé d'accomplir des tâches très difficiles et inutiles, comme empiler des pierres très lourdes ou nettoyer à répétition des choses déjà propres. Ses supérieurs l'avaient également ridiculisé. En consultant Internet, le demandeur a appris l'existence de la Campagne d'appui aux résistants à la guerre, coalition qui l'a aidé à venir au Canada. Il est entré au Canada le 16 juin 2008 et a demandé l'asile le même jour.

[18] Depuis lors, le demandeur a fait des déclarations publiques à plusieurs médias d'information concernant

military. He states that it is plainly on record that he is someone who is politically and morally opposed to the actions of the U.S. military, and he fears he will be persecuted by his unit if returned to the U.S.

State Protection

[19] The RPD considered whether there is a serious possibility that the applicant would be persecuted if he returned to the U.S. or whether, on a balance of probabilities, he would be subjected personally to a risk to his life or to a risk of cruel and unusual treatment if he returned to the U.S.

[20] The applicant alleged he would suffer “persecution” for desertion if he returns to the U.S. He said he will be targeted for differential prosecution because he has spoken out against the wars in Iraq and Afghanistan. He also says that he comes within paragraphs 169 and 171 of the [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]* (UNHCR Handbook), but that he would be unable to raise these sections in a court martial proceeding.

[21] The RPD found that there is adequate state protection in the U.S. Alternatively, it found that the military actions the applicant objected to do not come within paragraphs 169 and 171 of the UNHCR Handbook.

[22] The RPD cited much jurisprudence in assessing the issue of state protection. It reiterated that the applicant had an onus to approach the state for protection, and that he bore the burden of proving, on a balance of probabilities, that state protection in the U.S. is not adequate. It stated that an important consideration is whether a legislative and procedural framework for protection exists, and whether the state is able and willing to implement that framework.

ses opinions à propos de l’armée américaine. Il indique qu’il est notoire qu’il est une personne opposée pour des raisons politiques et morales aux actions de l’armée américaine et qu’il craint d’être persécuté par son unité advenant son renvoi aux États-Unis.

La protection de l’État

[19] La SPR a examiné la question de savoir s’il existait une possibilité sérieuse que le demandeur soit persécuté s’il retournait aux États-Unis ou si, selon la prépondérance des probabilités, il serait personnellement soumis à une menace à sa vie ou à un risque de traitements cruels et inusités s’il retournait aux États-Unis.

[20] Le demandeur a allégué qu’il subirait de la « persécution » pour désertion s’il retournait aux États-Unis. Il prétend qu’il fera l’objet d’un traitement différent parce qu’il s’est prononcé publiquement contre les guerres en Iraq et en Afghanistan. Il indique également que les paragraphes 169 et 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]* du HCNUR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] (Guide du HCNUR) s’appliquent à lui, mais qu’il ne serait pas en mesure d’invoquer ces paragraphes devant une cour martiale.

[21] La SPR a conclu qu’il existe une protection de l’État adéquate aux États-Unis. Subsidiairement, elle a conclu que les paragraphes 169 et 171 du Guide du HCNUR ne visaient pas les actions militaires auxquelles s’oppose le demandeur.

[22] La SPR s’est appuyée sur une abondante jurisprudence lors de son appréciation de la question de la protection de l’État. Elle a répété qu’il incombait au demandeur de s’adresser à l’État pour obtenir sa protection et qu’il avait le fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la protection de l’État aux États-Unis n’était pas adéquate. Elle a déclaré qu’il était important d’examiner s’il existait effectivement des mécanismes légaux et procéduraux de protection et si l’État était capable et avait la capacité de mettre ces mesures en œuvre.

[23] The United States is a democracy, thus the RPD found a strong presumption of state protection. Refugee claims of U.S. military deserters have been considered by the RPD and it has been found that the U.S. is a developed democracy and there is adequate state protection. If returned to the U.S., claimants are prosecuted for military desertion under a neutral law of general application, and they have available to them a variety of legal safeguards and remedies. Any sentences a claimant may receive for desertion would not be persecutory, nor would punishment be disproportionately severe or amount to cruel and unusual punishment. Other problems that claimants may face in the U.S. as a result of their desertion would amount to discrimination and not persecution. Past RPD decisions to this effect have been upheld by the Federal Court of Appeal in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413 (*Hinzman*).

[24] Christopher Marco Vassey, who served in the same unit as the applicant and was in Afghanistan for some of the same period of time, also claimed refugee status. His refugee claim was judicially reviewed in *Vassey v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 899, [2013] 1 F.C.R. 522 (*Vassey*). The RPD considered this decision in analysing the applicant's claim.

(i) The U.S. Court Martial System

[25] The applicant submitted that, based on the requirements set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*), the U.S. military justice system does not meet the requirements for an independent and impartial tribunal. As a result of *Généreux*, changes were made to the Canadian military justice system. The RPD stated that a comparison to other countries is one aspect of the issue, but the relevant test is whether state protection in the U.S. is adequate.

[23] Les États-Unis sont un pays démocratique. La SPR a donc conclu à l'existence d'une forte présomption de protection de l'État. La SPR a déjà étudié des demandes d'asile présentées par des déserteurs de l'armée américaine et a conclu que la démocratie est bien établie dans ce pays et qu'il y existe une protection de l'État adéquate. S'ils sont renvoyés aux États-Unis, les demandeurs d'asile sont poursuivis pour désertion en vertu d'une loi d'application générale appliquée de façon neutre et peuvent se prévaloir d'un éventail de garanties juridiques et de recours. La peine infligée à un demandeur d'asile pour désertion ne constituerait pas de la persécution ni un châtement disproportionnellement sévère ou équivalent à une peine cruelle et inusitée. Les autres problèmes auxquels les demandeurs d'asile peuvent se heurter aux États-Unis par suite de leur désertion constitueraient de la discrimination et non de la persécution. La Cour d'appel fédérale a maintenu des décisions antérieures de la SPR allant en ce sens : *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171 (*Hinzman*).

[24] Christopher Marco Vassey, qui a servi au sein de la même unité que celle du demandeur et qui, à un certain moment, était en Afghanistan en même temps que lui, a lui aussi présenté une demande d'asile. Sa demande d'asile a fait l'objet d'un contrôle judiciaire dans la décision *Vassey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 899, [2013] 1 R.C.F. 522 (*Vassey*). La SPR a tenu compte de cette décision lorsqu'elle a analysé la demande d'asile du demandeur.

i) Le système des cours martiales des États-Unis

[25] Le demandeur a soutenu que, suivant les exigences énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*), le système de justice militaire américain n'offre pas aux accusés des tribunaux qui peuvent être considérés comme indépendants et impartiaux. À la suite du prononcé de l'arrêt *Généreux*, des changements ont été apportés au système de justice militaire canadien. La SPR a indiqué qu'il est utile de procéder à une comparaison avec les systèmes d'autres pays, mais que le critère pertinent est de savoir si la protection de l'État est adéquate aux États-Unis.

[26] The expert opinions provided by the applicant generally agreed that in the U.S. the military commander has a central role in the military justice system. The commander often initiates investigations, determines the charges, determines the level of court martial, adjudicates the case and selects the jurors who will hear the case. The experts, amongst other matters, examine how the U.S. military justice systems compares to the essential conditions of judicial independence set out in *Généreux*. They conclude that the U.S. system does not meet most of the conditions, and that there are problems in providing a fair trial for an accused.

[27] In his affidavit, Professor Hansen acknowledges different checks and balances within the system to prevent unfairness towards an accused. He states that the most important protection is Article 37 [§837] of the *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. §§801–946 (2006)], which precludes any commander from censuring, reprimanding or admonishing any military member, military judge, or counsel with respect to the findings or sentence of a court or with respect to the function of the court. It also proscribes the exercise of unauthorized influence. In addition, military appellate courts have willingly entertained allegations of Unlawful Command Influence (UCI) in the appellate review process.

[28] Professor Hansen also says that commanders exercise their functions with full and candid advice of military lawyers, and though not required to follow that advice, a commander disregards it at his peril. The commander selects the members of a court martial, but an accused at his sole discretion may elect to have his case decided by a military judge rather than a military panel. There is also an appellate system that serves as a significant check against the potential for UCI. There is the ability to appeal a case up to the Court of Appeals of the Armed Forces—which is made up of civilian judges—as well as the right to petition the Supreme Court for review of a decision of the Court of Appeals of the Armed Forces.

[26] Les opinions d'experts qu'a fournies le demandeur s'accordent en général pour dire qu'aux États-Unis, le commandant militaire joue un rôle central dans le système de justice militaire. Il lui revient généralement d'ouvrir les enquêtes, de formuler les accusations qui seront portées et le palier de la cour martiale qui en sera saisi, ainsi que de rendre la décision et de choisir les jurés qui entendront l'affaire. Les experts traitent notamment de la façon dont le système de justice militaire américain répond aux conditions essentielles d'indépendance judiciaire énoncées dans l'arrêt *Généreux*. Ils concluent que le système américain ne remplit pas la plupart de ces conditions et qu'un accusé n'est pas assuré d'obtenir un procès équitable.

[27] Dans son affidavit, le professeur Hansen reconnaît l'existence de différents mécanismes de contrôle au sein du système pour éviter qu'un accusé soit traité de façon inéquitable. Il déclare que la mesure de protection la plus importante est l'article 37 [§837] du *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. §§801 à 946 (2006)] (code de justice militaire), qui interdit à un commandant de censurer, de réprimander ou d'admonester un militaire, un juge militaire ou un avocat relativement aux conclusions tirées par une cour ou à la peine qu'elle inflige ou relativement au rôle de la cour. Le code interdit aussi que soit exercée une influence non autorisée. De plus, les cours d'appel militaires ont de leur propre chef accepté de traiter d'allégations d'influence indue de la part de la chaîne de commandement (*Unlawful Command Influence* — UCI) dans le cadre du processus d'examen en appel.

[28] Le professeur Hansen déclare également que, dans l'exercice de leurs fonctions, les commandants bénéficient des conseils exhaustifs des avocats militaires donnés avec franchise et que, bien qu'ils ne soient pas tenus de les suivre, ceux qui ignorent ces conseils le font à leurs risques et périls. Le commandant choisit les membres qui composeront la cour martiale, mais il est loisible à un accusé de choisir de subir son procès devant un juge militaire plutôt que devant un tribunal militaire. Il y a également un système d'appel qui constitue une importante mesure de contrôle à l'encontre d'une UCI. De plus, il y a la possibilité d'interjeter appel devant la cour d'appel des Forces armées, constituée de juges civils, de même que le droit de demander à la Cour

[29] The affidavit of Professor Fidell states that the U.S. system does not satisfy the security of tenure criterion set forth in *Généreux*, nor does it satisfy the criterion of institutional independence. He states that the member selection process is not independent, but is a function of command. He says that despite the safeguards in place, complaints of UCI continue but that challenges on this basis are rarely successful. He concludes that, “If the statutory and regulatory protections were effective, UCI would not be the hardy perennial it is in the garden of American military justice”.

[30] Donald G. Rehkopf, Jr. provided an affidavit calling into question Professor Hansen’s qualifications as an experienced practitioner in the U.S. military justice system. He says that while Professor Hansen may be an academic instructor, this is “not the same experience as actually defending clients charged with desertion”. He says that the system lacks rudimentary fairness if a commander chooses to make an example of a soldier. The system is biased in favour of “discipline”, and commanders are allowed to evaluate the impact of conduct on their organization. This is a significant problem in the case of deserters.

[31] Based on his 34 years of experience with the military justice system, Mr. Rehkopf vehemently disagrees with the opinion of Professor Hansen. He says that the core of the problem is that it is not always about justice, but about the desires and objectives of the military commander, which no military lawyer can overrule. He claims that the safeguards provided look good on paper, but there are no disciplinary sanctions instituted against a person responsible for a UCI. There are also problems with the commander choosing the members of the military who will hear the case, and the Court of Criminal Appeal is primarily staffed by military judges.

suprême d’examiner une décision de la cour d’appel des Forces armées.

[29] L’affidavit du professeur Fidell indique que le système américain ne respecte pas le critère d’inamovibilité énoncé dans l’arrêt *Généreux*, pas plus qu’il ne respecte le critère de l’indépendance institutionnelle. Il déclare que le processus de sélection des membres n’est pas un processus indépendant, mais bien une fonction de commandement. Il indique que malgré les garanties en place, il y a toujours des plaintes d’UCI, mais que les contestations pour ce motif sont rarement accueillies. En conclusion, il déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « Si les mesures de protection législatives et réglementaires étaient efficaces, l’UCI ne resterait pas dans le jardin de la justice militaire américaine comme une vivace rustique ».

[30] Donald G. Rehkopf fils a présenté un affidavit mettant en doute les compétences du professeur Hansen à titre de praticien d’expérience dans le système de justice militaire américain. Selon lui, bien que le professeur Hansen soit un professeur, [TRADUCTION] « ce n’est pas la même chose lorsqu’il s’agit de défendre dans les faits des clients accusés de désertion ». Il indique que le système n’offre pas les garanties d’équité élémentaire dans les cas où un commandant choisit de faire du cas d’un soldat un exemple. Le système privilégie la [TRADUCTION] « discipline » et les commandants sont autorisés à évaluer les conséquences de la conduite en cause sur leur organisation, ce qui pose un problème important dans le cas des déserteurs.

[31] S’appuyant sur ses 34 années de travail avec le système de justice militaire, M. Rehkopf est profondément en désaccord avec l’opinion du professeur Hansen. Selon lui, le fond du problème est qu’il ne s’agit pas toujours de justice, mais bien des désirs et des objectifs du commandant militaire, sur lesquels aucun avocat militaire ne peut influencer. Il soutient que les garanties fournies semblent adéquates sur papier, mais qu’en réalité, aucune mesure disciplinaire n’est prise à l’encontre des personnes responsables d’UCI. Entre autres problèmes, il mentionne que c’est le commandant qui choisit les militaires qui entendront l’affaire et la cour d’appel criminelle est principalement constituée de juges militaires.

[32] The declarations of Marjorie Cohn and Kathleen Gilberd, who are authors of U.S. military law, state that military courts and appellate courts have an obligation to uphold the discipline and good order of their parent organization, so that matters of guilt and innocence, or severity and leniency, are thus weighed not only by considerations of law and justice, but also by their effect on the military's smooth functioning, its discipline, morale and its mission. They state that this dual responsibility of military attorneys, judges and panel members affects the fairness of criminal cases, and that they have seen numerous cases where the needs of the service were afforded greater weight than the rights of the accused. They go on to discuss other problems, such as the role of the contravening authority and problems of UCI. They also do not believe that the institutional safeguards to prevent UCI are effective.

[33] The RPD points out that in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (*Satiacum*), the Federal Court of Appeal stated that [at paragraph 19]:

In the absence of exceptional circumstances established by the claimant, it seems to me that in a Convention refugee hearing, as in an extradition hearing, Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. In the case of a non-democratic 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....

[34] The applicant submitted that all the experts, except Professor Hansen, used Canadian and International Law as their measuring stick for what constitutes a fair system. Professor Hansen states that the changes to the Canadian military justice system after the Supreme Court's decision in *Généreux* may have failed to take into account the doctrine of command responsibility, which holds that a commander may be criminally liable for failing to prevent war crimes committed by those under his or her command.

[32] Selon les auteures en droit militaire américain Marjorie Cohn et Kathleen Gilberd, les tribunaux et cours d'appel militaires ont l'obligation de maintenir la discipline et l'ordre au sein de leur organisation mère. Ainsi, la prise en compte des questions de culpabilité et d'innocence ou de sévérité et de clémence est fonction non seulement du droit et de la justice, mais également de leur effet sur le bon fonctionnement de l'armée, sa mission, la discipline et le moral des troupes. Les auteures déclarent que cette double responsabilité des avocats, des juges et des membres des comités militaires a une incidence sur le respect de l'équité dans les affaires criminelles et elles ont connaissance de nombreux cas où un poids plus élevé a été accordé aux besoins de l'armée qu'aux droits de l'accusé. Elles poursuivent en discutant d'autres problèmes, comme le rôle de l'autorité fautive et des problèmes relatifs aux UCI. Elles ne croient pas non plus à l'efficacité des garanties institutionnelles mises en place pour empêcher les UCI.

[33] La SPR souligne que dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL) (*Satiacum*), la Cour d'appel fédérale a déclaré ce qui suit :

En l'absence d'une preuve de circonstances exceptionnelles faite par le revendicateur, il me semble que lors de l'audition d'une revendication du statut de réfugié, comme dans une requête en extradition, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu'il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. 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.

[34] Le demandeur soutient que tous les experts, à l'exception du professeur Hansen, ont utilisé le droit canadien et le droit international comme point de comparaison pour décrire en quoi consiste un système équitable. Le professeur Hansen déclare que les modifications apportées au système de justice militaire canadien, par suite de l'arrêt *Généreux* de la Cour suprême, ne prennent pas nécessairement en compte le principe de la responsabilité du commandement selon lequel un commandant peut être tenu criminellement

[35] Professor Hansen says that the U.S. military courts have chosen not to change their system in the same manner that the Canadian and British systems have been changed based on decisions out of their respected courts. The test is not whether another country's system conforms to that of Canada, but whether the protection afforded by the system is adequate.

[36] The RPD stated that it preferred Professor Hansen's opinion to the others. He does not believe that the U.S. system must change just because changes have occurred in other countries, and he finds that based on the factors he considered, the U.S. system is still fair. There are different models for criminal justice systems, and just because a particular system does not conform to the Canadian or international model does not mean it is not fair.

[37] The RPD concluded that the U.S. military justice system would provide adequate protection to the applicant.

(ii) Risk of Differential Prosecution

[38] The applicant submitted that he would be at risk of targeted prosecution because he has been outspoken about his political opinions on the U.S. military. He pointed to the decision in *Rivera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267 (*Rivera*), at paragraph 101:

In addition, 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.

responsable de ne pas avoir empêché la perpétration de crimes de guerre commis par les personnes sous son commandement.

[35] Le professeur Hansen précise que les tribunaux militaires américains ont choisi de ne pas suivre l'exemple du Canada et du Royaume-Uni, qui ont modifié leurs systèmes à la suite de décisions rendues par les tribunaux de leur pays. Le critère n'est pas de savoir si le système d'un autre pays est conforme à celui du Canada, mais bien de savoir si la protection accordée par le système est adéquate.

[36] La SPR a déclaré qu'elle privilégiait l'opinion du professeur Hansen par rapport à celle des autres experts. Ce dernier ne croit pas que le système américain doive changer uniquement parce qu'il y a eu des changements dans d'autres pays, et estime, sur le fondement des facteurs qu'il a examinés, que le système américain demeure équitable. Il existe différents modèles de système de justice criminelle, et ce n'est pas parce qu'un système donné n'est pas conforme au modèle canadien ou international qu'il est nécessairement inéquitable.

[37] La SPR a conclu que le système de justice militaire des États-Unis accorderait une protection adéquate au demandeur.

ii) Risque de traitement différent

[38] Le demandeur a soutenu qu'il risque d'être ciblé pour des poursuites parce qu'il a fait connaître ses opinions politiques à propos de l'armée américaine. Il s'appuie sur le paragraphe 101 de la décision *Rivera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 814 (*Rivera*) :

De plus, 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.

[39] The RPD stated that the Supreme Court of Canada has recognized discretion as an integral part of any justice system, and found that though there may not be a formal mechanism in the U.S. for review of discretion, this does not lead to a conclusion that, on a balance of probabilities, there is inadequate state protection in the United States.

(iii) Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[40] The applicant said that he would be unable to argue in an American military proceeding that he refused to continue to serve because he did not want to take part in conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook. Further, motive is irrelevant in a charge of desertion, and the defence of unlawful order only applies to conduct that would be considered a crime or war crime.

[41] In her affidavit, Professor Marjorie Cohn says that those charged with desertion are routinely disallowed from raising the defence of the illegality of the orders they received while on duty. Attorney Bridget Wilson agrees with this statement, as does David Gespass. The applicant also referred to the cases involving Sergeant Camilo Mejia and Sergeant Kevin Benderman who were prevented from raising these types of defences. Applicant's counsel also submitted that the above mentioned individuals were similarly situated.

[42] Professor Hansen also agreed that motive is an irrelevant consideration in a desertion case. He says that the "reasons for these limitations are obvious. No functioning military can allow its soldiers to pick and choose the conflicts that they agree with or they would choose to support". He also says that this is not something unique to the U.S. military.

[39] La SPR a fait observer que la Cour suprême du Canada a reconnu que le pouvoir discrétionnaire fait partie intégrante de tout système de justice. Elle a de plus conclu que même s'il n'existait pas aux États-Unis un mécanisme formel pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire, on ne pouvait pas conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la protection de l'État était inadéquate aux États-Unis.

iii) Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[40] Le demandeur a fait valoir qu'il ne serait pas en mesure, dans le cadre d'une instance militaire américaine, de faire valoir qu'il a refusé de continuer à servir dans l'armée parce qu'il ne voulait pas continuer à prendre part à une action visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. De plus, dans le cas d'une accusation de désertion, les raisons l'ayant motivée ne sont pas prises en compte et le moyen de défense fondé sur l'illégalité des ordres reçus n'intervient que lorsqu'il s'agit d'une conduite considérée comme un crime ou un crime de guerre.

[41] Dans son affidavit, la professeure Marjorie Cohn déclare que les personnes accusées de désertion sont généralement privées du moyen de défense fondé sur l'illégalité des ordres reçus pendant le service. L'avocate Bridget Wilson est d'accord avec cet énoncé, tout comme David Gespass. Le demandeur a également renvoyé aux affaires visant le sergent Camilo Mejia et le sergent Kevin Benderman, qui n'ont pu invoquer ce type de moyen de défense. L'avocat du demandeur a également soutenu que les personnes susmentionnées se trouvaient dans une situation semblable à celle du demandeur.

[42] Le professeur Hansen a également convenu que les raisons ayant motivé la décision de désertion ne sont pas pertinentes dans une affaire de désertion. Il déclare que les [TRADUCTION] « raisons de ces restrictions sont évidentes. Aucune armée en activité ne peut permettre que ses soldats choisissent les conflits avec lesquels ils sont d'accord ou ceux qu'ils décident de soutenir ». Le professeur Hansen indique également que ces restrictions ne sont pas propres à l'armée américaine.

[43] The RPD pointed out that, in Canada, the offence of desertion sets out the intention as being the physical act of being absent. As in the U.S., defences would be available as to the physical act of being absent.

[44] Paragraph 171 of the UNHCR Handbook states:

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.

[45] In the United Kingdom, the case of *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69, set out a three-part test in assessing a matter to which paragraph 171 may apply. This decision was cited with approval in *Hinzman*. The RPD stated the test as follows [at paragraph 137]:

(a) that the level and nature of the conflict, and the attitude of the relevant governmental authority towards it, has reached a position where combatants are or may be required on a sufficiently widespread basis to act in breach of the basic rules of human conduct generally recognised by the international community,

(b) that they will be punished for refusing to do so and

(c) that disapproval of such methods and fear of such punishment is the genuine reason motivating the refusal of an asylum seeker to serve in the relevant conflict, then it should find that a Convention ground has been established.

[46] The RPD said that the U.S. has dealt with serious violations of international humanitarian law, and individuals have been prosecuted because of it. It also stated that cases such as *Hinzman* and *Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.), at paragraph 10, establish that isolated incidents that violate international humanitarian

[43] La SPR souligne qu'au Canada, l'infraction de désertion comporte l'intention d'être physiquement absent. Comme aux États-Unis, des moyens de défense liés au fait d'être physiquement absent pourraient être invoqués.

[44] Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR est rédigé comme suit :

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.

[45] Au Royaume-Uni, l'arrêt *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69, a énoncé un critère en trois volets pour décider si une affaire est susceptible d'être visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Cet arrêt a été cité avec approbation dans l'arrêt *Hinzman*. La SPR a formulé comme suit ce critère [au paragraphe 137] :

a) [...] le niveau et la nature du conflit, ainsi que l'attitude des autorités gouvernementales pertinentes envers ce conflit, sont tels que les combattants sont ou pourraient être contraints, de façon suffisamment généralisée, d'enfreindre les règles de conduite les plus élémentaires qui sont généralement reconnues par la communauté internationale;

b) [...] ils seraient punis s'ils refusaient de le faire;

c) [...] la désapprobation de telles méthodes et la crainte d'une telle peine constitue[nt] la véritable raison motivant le refus d'un demandeur d'asile de participer au conflit en question, on doit alors estimer qu'un motif de la Convention a été établi.

[46] La SPR a en outre indiqué que les États-Unis avaient examiné des cas de violations graves du droit humanitaire international et que des personnes avaient été poursuivies sur ce fondement. Elle a également déclaré qu'un arrêt comme *Hinzman* et une décision comme *Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst) (QL), au

law are an unfortunate, inevitable result of war. The RPD found that there was no evidence that the incidences put forward by the applicant were systemic or condoned by the U.S., and thus did not come within paragraph 171.

[47] The RPD found that the applicant had failed to establish that the U.S. required or allowed its combatants to engage in widespread violation of humanitarian law, or that the U.S. would not allow him to raise a defence that the matter fell within paragraph 171.

[48] The applicant also submitted that a misuse of prosecutorial discretion may bring this matter under paragraph 169 of the UNHCR Handbook, which says:

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.

[49] The applicant submitted case law such as *Rivera*, above, in which U.S. prosecutions of deserters have targeted certain individuals for expressing their political opinions. The applicant also put forward an example of one deserter who had done an interview with the CBC [Canadian Broadcasting Corporation] and who had been given a longer sentence than another deserter charged with the same serious criminal offences. The applicant pointed out that he only had to show a serious possibility of differential prosecution or persecution to come within paragraph 169.

[50] The RPD noted many examples of sentences handed out, and found that there was no persuasive evidence that any of the individuals concerned publicly voiced objections to the war. It also stated that the standard of proof applicable to the demonstration of the facts underlying the applicant's claim is a balance of

paragraphe 10, établissent que les violations isolées du droit humanitaire international constituent un aspect regrettable, mais inévitable des guerres. La SPR a conclu qu'aucun élément de preuve ne montrait que les incidents relatés par le demandeur étaient systémiques ou que les États-Unis les toléraient. Ces incidents n'étaient donc pas visés par le paragraphe 171.

[47] La SPR a conclu que le demandeur n'avait pas démontré que les États-Unis exigeaient de ses combattants qu'ils commettent des violations généralisées du droit humanitaire, ou les autorisaient à en commettre, ou que les États-Unis ne lui permettraient pas de faire valoir, en défense, que le paragraphe 171 s'applique.

[48] Le demandeur a également soutenu que le paragraphe 169 du Guide du HCNUR pouvait s'appliquer à un mauvais exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

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.

[49] Le demandeur a invoqué des décisions, notamment la décision *Rivera*, précitée, dans lesquelles des personnes ayant exprimé leurs opinions politiques ont été la cible de poursuites pour désertion aux États-Unis. Le demandeur a également donné l'exemple d'un déserteur qui avait accordé une entrevue à la SRC [Société Radio-Canada] et qui s'est vu infliger une peine plus longue que celle dont a fait l'objet un autre déserteur accusé des mêmes infractions criminelles graves. Le demandeur a soutenu qu'il n'avait qu'à établir l'existence d'un important risque de traitement différent ou de persécution pour être visé par le paragraphe 169.

[50] La SPR a relevé plusieurs exemples de peines ayant été infligées et a conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve convaincant démontrant que les personnes visées avaient déclaré publiquement qu'elles s'opposaient à la guerre. Elle a également indiqué que la norme de preuve applicable aux faits sous-jacents à

probabilities. It found that any differential sentences were not disproportionately severe so as to find, on a balance of probabilities, differential prosecution or punishment. It also found that any sentence the applicant may receive would not be so disproportionately severe as to bring his claim within paragraph 169.

[51] The RPD further found that any consequences the applicant may suffer as a result of a criminal conviction may amount to discrimination, but not persecution. It also stated that if the applicant suffers “hazing” upon his return, he will have a course of action, as cruel and unusual punishment is specifically prohibited by the U.S. Constitution. If he were to suffer hazing, the RPD found that he had not demonstrated the state protection would not reasonably be available to him. This position has been confirmed by the Federal Court.

Conclusion

[52] The RPD found that the U.S. is a strong democracy and there are avenues of appeal open to the applicant. It found that the applicant has not rebutted the presumption of state protection, or has not shown that there is a reasonable possibility he will be persecuted or that, on a balance of probabilities, he will be at risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment or torture if he returns to the U.S. Therefore, the RPD rejected the applicant’s claim.

ISSUES

[53] The applicant raises the following issues in this proceeding:

a. Did the RPD err by finding that a judicial system which fails to meet basic internationally recognized

la demande d’asile du demandeur était celle de la prépondérance des probabilités. Elle a statué que les peines par lesquelles un traitement différent serait accordé n’étaient pas d’une sévérité disproportionnée telle qu’on pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, à l’existence d’un traitement différent en ce qui concerne les poursuites intentées ou la peine infligée. Elle a également conclu que toute peine pouvant être infligée au demandeur ne serait pas une peine d’une sévérité disproportionnée faisant entrer en jeu le paragraphe 169.

[51] La SPR a conclu que les conséquences que pouvaient subir le demandeur à la suite d’une déclaration de culpabilité au criminel pouvaient équivaloir à de la discrimination, et non de la persécution. Elle a également déclaré que si le demandeur subissait des « brimades » à son retour, il aurait un recours, puisque la Constitution des États-Unis interdit expressément les sanctions cruelles et inusitées. La SPR a conclu qu’il n’avait pas démontré que, s’il devait subir des brimades, la protection de l’État ne lui serait pas raisonnablement offerte, ce que la Cour fédérale a confirmé.

Conclusion

[52] La SPR a conclu que les États-Unis étaient une démocratie forte et que le demandeur avait plusieurs recours à sa disposition pour porter sa cause en appel. Elle a conclu que le demandeur n’avait pas réfuté la présomption de protection de l’État et n’avait pas démontré qu’il existait une possibilité raisonnable qu’il soit persécuté ou qu’il soit, selon la prépondérance des probabilités, exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités ou d’être soumis à la torture s’il retournait aux États-Unis. Par conséquent, la SPR a rejeté la demande d’asile du demandeur.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[53] Le demandeur soulève les questions en litige suivantes dans la présente instance :

a. La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant qu’un système judiciaire qui ne répond pas aux exigences

fairness and due process requirements can nonetheless provide adequate protection?

b. In regards to state protection, did the RPD err by ignoring evidence that directly contradicted its findings?

c. Did the RPD err in law when interpreting both paragraph 171 of the UNHCR Handbook and foreign law related to raising a defence in the U.S. court-martial system?

d. As regards differential punishment, did the RPD make unreasonable conclusions without regard to, and not supported by, the evidence?

STANDARD OF REVIEW

[54] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to a particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[55] The first two issues involve state protection. In *Flores Carillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, the Federal Court of Appeal held, at paragraph 36, that the standard of review on a state protection finding is reasonableness. Justice Leonard Mandamin followed this approach in *Lozada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 397, at paragraph 17. Further, in *Chaves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 193, 45 Imm. L.R. (3d) 58, Justice Danièle Tremblay-Lamer held, at paragraph 11, that the standard of review on a state protection finding is reasonableness. Reasonableness is the standard applicable to the first two issues.

d'équité et d'application régulière de la loi reconnues internationalement peut néanmoins fournir une protection adéquate?

b. En ce qui a trait à la protection de l'État, la SPR a-t-elle commis une erreur en ignorant des éléments de preuve qui contredisaient directement ses conclusions?

c. La SPR a-t-elle commis une erreur de droit dans son interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR et son interprétation du droit étranger concernant les moyens de défense qui peuvent être invoqués dans le système de cours martiales aux États-Unis?

d. En ce qui concerne le traitement différent, la SPR a-t-elle tiré des conclusions déraisonnables sans égard à la preuve et non étayées par celle-ci?

NORME DE CONTRÔLE

[54] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a statué qu'il n'est pas nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle dans chaque espèce. Lorsque la norme de contrôle applicable à une question précise est bien établie par la jurisprudence, la cour de révision peut l'appliquer. Ce n'est que lorsque cette démarche se révèle infructueuse que la cour de révision doit examiner les quatre facteurs qui entrent en jeu dans l'analyse relative à la norme de contrôle.

[55] Les deux premières questions touchent à la protection de l'État. Au paragraphe 36 de l'arrêt *Flores Carillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636, la Cour d'appel fédérale a statué que la norme de contrôle applicable à une conclusion relative à la protection de l'État était la norme de la décision raisonnable. Le juge Leonard Mandamin a adopté cette approche dans la décision *Lozada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 397, au paragraphe 17. En outre, dans la décision *Chaves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 193, au paragraphe 11, la juge Danièle Tremblay-Lamer a statué que la norme de contrôle

[56] The interpretation of foreign law is a matter of fact (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200, at paragraph 26). In *Vassey*, above, Justice André Scott reviewed the RPD's analysis of whether the applicant would be able to raise the defence of an illegal order on the standard of reasonableness.

[57] The interpretation of statutory provisions outside of the tribunal's home statute is reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir*, above). In *Key v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 838, [2009] 2 F.C.R. 625, Justice Robert Barnes found that the RPD's interpretation of paragraph 171 of the UNHCR Handbook was reviewable on a correctness standard. Based on the principles set out in *Dunsmuir*, the interpretation of the applicable paragraphs of the UNHCR Handbook is reviewable on a correctness standard, but the application of those paragraphs to the facts of the applicant's claim is reviewable on a reasonableness standard.

[58] The issue of differential punishment relates to whether the applicant would suffer persecution upon returning to the U.S. The issue of the RPD's interpretation of "persecution" is a question of mixed fact and law that involves a tribunal interpreting its enabling statute (see *Sow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1313, 400 F.T.R. 91, at paragraphs 17–21). The Supreme Court of Canada stated in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraphs 26–34, that such a question is to be reviewed on a reasonableness standard. Further, the RPD's persecution analysis goes to the interpretation of evidence. Therefore, the fourth issue is reviewable on a reasonableness standard (*Alhayek v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1126, 418 F.T.R. 144, at paragraph 49).

applicable à une conclusion relative à la protection de l'État était celle de la décision raisonnable. La norme de la décision raisonnable est donc la norme applicable aux deux premières questions.

[56] L'interprétation du droit étranger est une question de fait (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200, au paragraphe 26). Dans la décision *Vassey*, précitée, le juge André Scott a examiné, suivant la norme de la décision raisonnable, l'analyse de la SPR concernant la question de savoir si le demandeur serait en mesure d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'existence d'un ordre illégal.

[57] L'interprétation de dispositions législatives autres que celles de la loi constitutive du tribunal administratif en cause est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (arrêt *Dunsmuir*, précité). Dans la décision *Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 838, [2009] 2 R.C.F. 625, le juge Robert Barnes a conclu que l'interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR faite par la SPR était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, l'interprétation des paragraphes applicables du Guide du HCNUR est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, mais l'application de ces paragraphes aux faits de la demande est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[58] La question de la peine différente soulève celle de savoir si le demandeur serait persécuté à son retour aux États-Unis. La question de l'interprétation de la « persécution » faite par la SPR est une question mixte de fait et de droit et, lorsqu'il effectue cet exercice, le tribunal interprète sa loi constitutive (voir *Sow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1313, aux paragraphes 17 à 21). Dans l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, aux paragraphes 26 à 34, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une telle question était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. De plus, l'analyse de la persécution faite par la SPR touche l'interprétation de la preuve. Par conséquent, la quatrième question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Alhayek c. Canada*

[59] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.” See *Dunsmuir*, above, at paragraph 47; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59. Put another way, the Court should intervene only if the decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.”

STATUTORY PROVISIONS

[60] The following provisions of the Act are applicable in this case:

3. ...

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

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

(b) promotes accountability and transparency by enhancing public awareness of immigration and refugee programs;

(c) facilitates cooperation between the Government of Canada, provincial governments, foreign states, international organizations and non-governmental organizations;

(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;

(*Citoyenneté et Immigration*), 2012 CF 1126, au paragraphe 49).

[59] Lorsqu’une décision est soumise au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable, l’analyse s’intéresse « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (voir l’arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59). En d’autres termes, la Cour ne devrait intervenir que si la décision était déraisonnable, en ce sens qu’elle n’appartiendrait pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[60] Les dispositions suivantes de la Loi s’appliquent en l’espèce :

3. [...]

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

Interprétation et mise en œuvre

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

b) d’encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d’immigration et de ceux pour les réfugiés;

c) de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux;

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;	
	(e) supports the commitment of the Government of Canada to enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada; and	e) de soutenir l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada;	
	(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.	f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.	
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,	96. A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :	Définition de « réfugié »
	(a) 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	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;	
	...	[...]	
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	97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :	Personne à protéger
	(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or	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) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if	b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :	
	(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,	(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,	
	(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,	(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) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in	(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles	

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.

[61] Paragraphs 169 and 171 of the UNHCR Handbook state as follows:

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.

...

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.

ARGUMENTS

The Applicant

[62] The applicant points out that the circumstances of the present application are very similar to those in *Vassey*, above. In both cases, the decision maker is the same, both applicants were members of the same unit in the 82nd Airborne Division, and similar evidence was presented by counsel in support of both claims for refugee protection. This Court granted Mr. Vassey's application for judicial review, and the applicant submits that many of the same errors were committed by the RPD in his case.

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.

[61] Les paragraphes 169 et 171 du Guide du HCNUR sont rédigés comme suit :

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.

[...]

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.

LES ARGUMENTS

Le demandeur

[62] Le demandeur souligne que les circonstances de la présente demande sont très semblables à celles de l'affaire *Vassey*, précitée. Dans les deux cas, le décideur est le même, les deux demandeurs appartenaient à la même unité de la 82^e division aéroportée et les avocats ont présenté des éléments de preuve semblables à l'appui des deux demandes d'asile. La Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M. Vassey et le demandeur soutient que la SPR a commis bon nombre des mêmes erreurs dans son cas.

[63] The applicant says that, as in *Vassey*, the RPD spent a considerable amount of time summarizing portions of the evidence that was before it. Also, as in *Vassey*, the RPD's analysis falls short of being reasonable, and ignores evidence which directly contradicts its conclusions.

Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[64] The applicant submits that if a soldier will be punished for refusing to associate with breaches of the rules of armed conflict, then he is entitled to refugee protection according to paragraph 171 of the UNHCR Handbook (*Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.), at page 555).

[65] The applicant put forward considerable evidence detailing condemned actions routinely committed by the U.S. military, including reports from credible sources and his testimony as to the personal experiences of himself and others. The RPD found that the U.S. did not require or allow its combatants to engage in widespread violations of humanitarian law, yet in coming to this conclusion it did not reference any of the hundreds of pages of documentary evidence indicating otherwise. The applicant put forward significant evidence from credible third-party sources and absent any reference to this evidence in the reasons, the applicant submits that the decision cannot stand as reasonable.

[66] For example, the RPD's finding that there were no routine breaches of the Geneva Convention directly contradicts the evidence pertaining to violent civilian house raids. The applicant also provided detailed testimony about these types of raids in his oral testimony. Similar evidence was before the Court in *Key*, above, where it was said at paragraph 5:

The Board found that Mr. Key was not a conscientious objector in the usual sense of being opposed to war generally and

[63] Le demandeur soutient que, tout comme dans la décision *Vassey*, la SPR a passé un temps considérable à résumer des parties des éléments de preuve qui lui avaient été présentés. De même, tout comme dans la décision *Vassey*, l'analyse de la SPR est loin d'être raisonnable et ne mentionne pas des éléments de preuve en contradiction directe avec ses conclusions.

Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[64] Selon le demandeur, si un soldat doit être puni pour avoir refusé de s'associer à des violations des règles des conflits armés, il a droit à l'asile suivant le paragraphe 171 du Guide du HCNUR (*Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.) à la page 555).

[65] Le demandeur a présenté une preuve abondante décrivant en détail des actions de l'armée américaine qui sont régulièrement condamnées, notamment dans des rapports provenant de sources crédibles et son témoignage quant à ses expériences personnelles et celles d'autres personnes. La SPR a conclu que les États-Unis n'exigeaient pas que ses combattants commettent des violations généralisées du droit humanitaire ni ne leur permettraient d'agir de la sorte. Or, pour arriver à cette conclusion, elle n'a mentionné aucune des centaines de pages de preuve documentaire indiquant qu'il en était autrement. Le demandeur a présenté une preuve importante provenant de sources indépendantes crédibles et, en l'absence de tout renvoi à cette preuve dans les motifs, la décision ne saurait, selon lui, être considérée comme raisonnable.

[66] À titre d'exemple, la conclusion de la SPR selon laquelle la Convention de Genève n'était pas régulièrement violée contredit directement la preuve concernant les descentes accompagnées de violence faites dans des résidences de civils. Le demandeur a également fourni dans son témoignage une description détaillée de ces types de descentes. Des éléments de preuve semblables ont été présentés à la Cour dans la décision *Key*, précitée, où il est écrit ce qui suit au paragraphe 5 :

La Commission a conclu que M. Key n'était pas un objeteur de conscience au sens habituel, à savoir une personne

that his objections to the conflict in Iraq were not politically or religiously motivated. Rather, what Mr. Key objected to were the systematic violations of human rights that resulted from the conduct of the United States Army in Iraq and the requirement that he participate. The Board summarized Mr. Key's evidence concerning these events and compared his experiences to the observations of the International Committee of the Red Cross (ICRC) detailed in its report from 2003. It is apparent that the Board found Mr. Key's experiences to be consistent with the ICRC findings, as can be seen from the following passages from its decision [at paragraphs 34–36]:

Mr. Key performed at least seventy raids on the homes of Iraqi citizens ostensibly looking for weapons. None of them was pleasant. In the blackness of night, doors blown in, homes ransacked, personal effects looted, residents violently roused from their beds and forced outdoors by heavily armed and uniformed soldiers hollering in a foreign language, Muslim women shamed by their exposed bodies, boys too tall for their age, and men cuffed and hauled away for interrogation in their nightclothes, regardless of weather conditions, never, at least as far as Mr. Key could ascertain, to return. Should there have been a belligerent that needed flushing out, Mr. Key had white phosphorous grenades at the ready, part of the standard issue for this type of job. Mr. Key indicated that the searches were largely ineffectual as his unit seldom found weapons or contraband, although they probably did work to the extent that any insurgents would soon learn to hide their guns and bomb-making paraphernalia outside their homes. [Footnote omitted.]

[67] The applicant described being involved in similar types of raids in his Personal Information Form. He testified at his hearing that violent civilian house raids were routine practice for his unit in Afghanistan. He also provided photographic evidence of the “hot boxes” wherein detainees were placed indefinitely, hooded and cuffed, to await further interrogation.

[68] Also before the RPD, and referenced by the Court in *Key*, was a report titled *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq*

qui s'oppose à la guerre en général, et que ses objections au conflit en Iraq n'avaient pas de motivations d'ordre politique ni religieux. M. Key s'opposait plutôt aux violations systématiques des droits de la personne qui découlaient de la conduite de l'armée des États-Unis en Iraq et à son obligation d'y participer. La Commission a résumé le témoignage de M. Key concernant ces événements et a comparé ses expériences aux observations formulées par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans son rapport de 2003. La Commission semble bien avoir trouvé que les expériences de M. Key étaient compatibles avec les constatations du CICR, tel qu'il appert des passages suivants de la décision de la Commission :

M. Key a exécuté au moins soixante-dix descentes dans des domiciles de citoyens irakiens, officiellement à la recherche d'armes. Aucune d'entre elles n'a été agréable. En pleine nuit, les portes étaient défoncées; les maisons étaient saccagées; les effets personnels jetés partout; les résidents sortis violemment de leur lit et forcés de sortir à l'extérieur par des soldats en uniforme lourdement armés et criant dans une langue étrangère; les musulmanes étaient honteuses du fait que leur corps était exposé; des garçons, trop grands pour leur âge, et les hommes étaient menottés et emmenés pour subir des interrogatoires, peu importe les conditions climatiques, pour ne jamais revenir, du moins c'est ce que M. Key croyait. Au cas où il y aurait eu un belligérant qu'il fallait forcer de se montrer, M. Key avait sous la main des grenades de phosphore blanc, ce qui était courant pour ce genre de travail. Il a indiqué que les fouilles n'étaient pas fructueuses, car son unité trouvait rarement des armes ou des objets de contrebande, même si elles ont donné un certain résultat, à savoir que les insurgés ont vite appris à cacher leurs fusils et leur matériel destiné à la fabrication de bombes à l'extérieur de leur domicile. [Note en bas de page omise.]

[67] Dans son Formulaire de renseignements personnels, le demandeur a décrit avoir participé à des descentes semblables. À l'audience, il a déclaré que les descentes accompagnées de violence effectuées dans des maisons de civils constituaient une pratique courante de son unité en Afghanistan. Il a également présenté en preuve des photographies des « boîtes chaudes » dans lesquelles des détenus étaient placés pour une période indéfinie, cagoulés et menottés, en attente d'être interrogés plus longuement.

[68] Un rapport intitulé *Rapport du comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le traitement réservé par les forces de la coalition aux prisonniers de guerre et autres personnes protégées par les Conventions de Genève en Irak durant l'arrestation, l'internement et*

During Arrest, Internment and Interrogation [February 2004]. This report condemns the practice of violent house raids utilized by the U.S. army. It describes the raids as tending to follow a pattern, and that pattern involved extreme abuse, violence and humiliation of civilians. The report specifically finds that the U.S. has not complied with international obligations associated with arrest and detention of combatants and non-combatants during conflict. Also before the RPD were letters from Amnesty International outlining how the practice of violent civilian raids has been persistently used by the U.S. forces. These actions involve breaches of the Geneva Convention and therefore amount to conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook (*Key*).

[69] The evidence that was before the RPD directly contradicts its finding that the U.S. has not, either as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of humanitarian law. The applicant submits that absent any reference by the RPD to the multiple pieces of documentary evidence discussing this routine practice utilized by the U.S. military, it can be reasonably inferred that the RPD ignored this evidence (*Ozdemir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 331, 282 N.R. 394 (*Ozdemir*)).

[70] The applicant states that the evidence pertaining to civilian house raids is only one example of routine military practices utilized by the U.S. military that breach the Geneva Convention. Other evidence that was before the RPD includes evidence of the practice of “recon by fire”, routinely engaged in by the U.S. military without precautions being taken to reduce civilian casualties, the torture of detainees, and knowingly turning detainees over for torture. The applicant submits that there was evidence before the RPD that such practices were not isolated incidents, and the failure of the RPD to reference any of this evidence renders its finding on this point unreasonable (*Ozdemir*, above).

l’interrogatoire [février 2004] et que la Cour a mentionné dans la décision *Key*, a également été présenté à la SPR. Ce rapport condamne la pratique des descentes menées avec violence par l’armée américaine dans des maisons. Selon la description qui en est faite, les descentes tendaient à suivre un modèle, dont les caractéristiques comprenaient, de façon extrême, des mauvais traitements, de la violence et de l’humiliation à l’endroit de civils. Le rapport conclut expressément que les États-Unis ne se sont pas conformés aux obligations internationales liées à l’arrestation et à la détention de combattants et de non-combattants pendant le conflit. Des lettres d’Amnistie internationale décrivant la façon dont les forces américaines ont constamment pratiqué des descentes avec violence chez les civils ont également été présentées à la SPR. Ces actions comportaient des violations de la Convention de Genève et, par conséquent, constituent une conduite qui tombe sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUR (*Key*).

[69] Les éléments de preuve dont disposait la SPR contredisent directement sa conclusion selon laquelle les États-Unis n’ont pas, que ce soit par une politique délibérée ou l’indifférence des autorités, exigé de leurs combattants qu’ils commettent des violations généralisées du droit humanitaire ou les ont autorisés à agir de la sorte. Selon le demandeur, vu l’omission de la SPR de mentionner les nombreux éléments de preuve documentaire portant sur cette pratique régulière à laquelle l’armée américaine a recours, il est raisonnable d’inferer que la SPR a ignoré ces éléments de preuve (*Ozdemir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CAF 331 (*Ozdemir*)).

[70] Le demandeur indique que la preuve concernant les descentes dans les maisons de civils ne constitue qu’un exemple parmi d’autres des pratiques militaires couramment employées par l’armée américaine et qui violent la Convention de Genève. La SPR disposait aussi d’éléments de preuve concernant la pratique de la « reconnaissance par le feu », régulièrement effectuée par l’armée américaine sans prendre de mesures de précaution en vue de réduire les victimes civiles, ainsi que la torture des détenus et la pratique de sciemment remettre des détenus aux autorités pour qu’ils soient torturés. Le demandeur fait valoir que des éléments de preuve présentés à la SPR indiquent que ces pratiques

State protection, defences and paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[71] The applicant submits that the RPD misunderstood the law on raising a defence against charges of desertion within the U.S. military, an error also committed by the same member's error in *Vassey*. The Court in *Vassey* said that it was an error for the RPD to find that the defence of "unlawful orders" in the U.S. is not limited to refusal to perform a war crime; the applicable case law in the United States clearly instructs that the defence of unlawful orders is limited to situations wherein a soldier is directly ordered to commit a positive act that constitutes a war crime (*United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (1995 C.A.A.F.) (*Huet-Vaughn*)).

[72] The Court held at paragraphs 69, 70 and 75 of *Vassey*:

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

ne constituait pas des incidents isolés et que l'omission de la SPR de les mentionner rend sa conclusion sur ce point déraisonnable (arrêt *Ozdemir*, précité).

La protection de l'État, les moyens de défense et le paragraphe 171 du Guide du HCNU

[71] Le demandeur soutient que la SPR a mal compris le droit concernant l'opposition d'un moyen de défense à l'égard d'accusations de désertion de l'armée américaine, erreur également commise par le même commissaire dans la décision *Vassey*. Dans cette décision, la Cour a déclaré que la SPR avait commis une erreur en concluant que le moyen de défense fondé sur des « ordres illégaux » aux États-Unis ne se limitait pas à la perpétration d'un crime de guerre. Il ressort clairement de la jurisprudence américaine que le moyen de défense fondé sur des ordres illégaux est limité aux situations où un soldat reçoit directement l'ordre de commettre un acte positif qui constitue un crime de guerre (*United States v. Yolanda M. Huet-Vaughn*, 43 M.J. 105 (C.A.A.F. 1995) (*Huet-Vaughn*)).

[72] Dans la décision *Vassey*, la Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 69, 70 et 75 :

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 a dit 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

that she was individually ordered to commit a “positive act” that would be a war crime.

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.”

...

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.

[73] The applicant submits that although the defence of unlawful orders under U.S. law applies only to positive acts to commit a war crime, conduct falling well below a war crime may substantiate a claim for refugee protection under paragraph 171 of the UNHCR Handbook. As the Court stated, at paragraphs 29 and 30 of *Key*:

It is clear from the above passages that officially condoned military misconduct falling well short of a war crime may support a claim to refugee protection. Indeed, the authorities indicate that military action which systematically degrades, abuses or humiliates either combatants or non-combatants is capable of supporting a refugee claim where that is the proven reason for refusing to serve. I have, therefore, concluded that the Board erred by imposing a too restrictive legal standard upon Mr. Key.

I would add that the Board’s assertion that Mr. Key’s past combat participation would not be sufficient to support his claim to asylum unless it constituted excludable conduct cannot be correct. This would give rise to an unacceptable “Catch-22” situation where the factual threshold for obtaining protection would necessarily exclude a claimant from that protection. [Emphasis in original.]

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.

La Commission a conclu [aux paragraphes 43 et 44] que cette décision n’établissait pas en principe que « le fait d’invoquer 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 ».

[...]

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.

[73] Le demandeur soutient que même si le moyen de défense des ordres illégaux en vertu du droit américain ne s’applique qu’aux actes positifs qui constituent un crime de guerre, la conduite qui se situe bien au-dessous d’un crime de guerre peut fonder une demande d’asile en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Voici ce qu’a déclaré la Cour aux paragraphes 29 et 30 de la décision *Key* :

Il ressort clairement des passages qui précèdent qu’une inconduite militaire officiellement tolérée qui est loin de constituer un crime de guerre peut fonder une demande d’asile. En effet, les sources indiquent qu’une action militaire qui dégrade, maltraite ou humilie systematiquement soit des combattants ou des non-combattants peut fonder une demande d’asile lorsqu’il est démontré qu’il s’agit là du motif du refus de servir. J’ai donc conclu que la Commission avait commis une erreur en imposant une norme juridique trop restrictive à M. Key.

J’ajouterais que l’affirmation de la Commission selon laquelle la participation passée au combat de M. Key ne serait pas suffisante pour fonder sa demande d’asile à moins qu’elle constitue une conduite visée par les clauses d’exclusion ne peut pas être correcte. En effet, cela donnerait lieu à une situation sans issue où les faits à démontrer pour obtenir le droit d’asile excluraient nécessairement le demandeur d’asile de cette protection. [Souligné dans l’original.]

[74] Despite the above jurisprudence of the Federal Court, the RPD stated, at paragraph 147 of the decision that it could not find, on a balance of probabilities, that the applicant would not be able to raise the defence of unlawful order or that the matter fell within paragraph 171. The applicant submits that the RPD made the same error as in *Vassey*; it misunderstood the definition of conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook, in direct contradiction to this Court's instructions in *Key*. The applicant further submits that regardless of whether the RPD misunderstood paragraph 171, or the limits of the defence of unlawful orders in the U.S., it is clear that it misapprehended the relevant law applicable to its findings.

State protection, defences, and “absences of defences” vs. “orders offences”

[75] The applicant submits that the RPD failed to appreciate the important distinction between “absence offences” and “orders offences” when addressing state protection under paragraph 171 of the UNHCR Handbook.

[76] The Court stated, at paragraphs 71–75 of *Vassey*:

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

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, practitioners, and military members in addition to the case of *Huet-Vaughn* demonstrate that the charge of desertion operates

[74] Malgré la jurisprudence de la Cour fédérale susmentionnée, la SPR a déclaré au paragraphe 147 de la décision qu'elle ne pouvait pas conclure, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur ne serait pas en mesure d'invoquer le moyen de défense de l'ordre illégal ou que cette question relevait du paragraphe 171. Le demandeur soutient que la SPR a commis la même erreur que dans la décision *Vassey*. Elle a mal compris la définition de la conduite visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR, en contradiction directe des directives de la Cour dans la décision *Key*. Le demandeur prétend de plus que peu importe que la SPR ait mal compris le paragraphe 171, ou les limites du moyen de défense des ordres illégaux aux États-Unis, il est clair qu'elle a mal interprété le droit pertinent applicable à ses conclusions.

La protection de l'État, les moyens de défense et les « infractions liées à l'absence », par opposition aux « infractions liées aux ordres »

[75] Le demandeur soutient que la SPR a omis de tenir compte de l'importante distinction entre les « infractions liées à l'absence » et les « infractions liées aux ordres » lorsqu'elle a examiné la protection de l'État en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR.

[76] La Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 71 à 75 de la décision *Vassey* :

Cependant, le demandeur a prétendu devant la Commission qu'il n'y avait 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 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.

La Cour estime 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

as a strict liability offence where motive for desertion is not relevant.

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.

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.

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.

[77] The applicant explained in his submissions that soldiers in the U.S. military are unable to put forward evidence as to their reasons for deserting, regardless of what those reasons might be. He also put forward the *Huet-Vaughn* case, as well as other case law showing how the law is applied.

[78] The RPD considered the applicant's submissions that he would be unable to put forward a defence, at paragraphs 115–133 of the decision. Considerable time is spent summarizing the evidence, and at paragraph 130–133, the RPD seems to agree with the applicant's statement that he would not be able to put forward these defences.

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.

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..

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 HCNU, l'argument du demandeur touchait directement à la question de la protection de l'État.

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.

[77] Dans ses observations, le demandeur a expliqué que les soldats de l'armée américaine n'étaient pas en mesure de présenter des éléments de preuve concernant les motifs de leur désertion, peu importe la nature de ces motifs. Il a également présenté l'arrêt *Huet-Vaughn*, de même que d'autres jugements montrant la façon dont le droit était appliqué.

[78] La SPR a examiné, aux paragraphes 115 à 133 de la décision, les observations du demandeur selon lesquelles il ne serait pas en mesure d'invoquer un moyen de défense. Elle a consacré beaucoup de temps au résumé de la preuve et, aux paragraphes 130 à 133, elle semble accepter la déclaration du demandeur qu'il ne serait pas en mesure d'invoquer ces moyens de défense.

[79] Paragraph 171 of the UNHCR Handbook instructs that any punishment for desertion amounts to persecution, whatever that punishment may be, when that desertion is motivated by a refusal to be associated with actions falling under paragraph 171. Given that the RPD accepts that the applicant would not be able to raise a defence against desertion charges based on a refusal to serve in actions falling under paragraph 171, the applicant submits that the RPD erred by concluding that the applicant had failed to rebut the presumption of state protection on this point.

The U.S. court-martial system fails international standards

[80] The applicant submits that the U.S. court-martial is not an independent and impartial tribunal, both structurally and in practice (*Généreux*, above). The applicant argued before the RPD that adequate state protection would not be reasonably forthcoming in a justice system that does not conform to basic internationally recognized fairness requirements. In the decision, the RPD does not find that the U.S. court-martial system meets these standards, but says that a system which fails to meet these basic standards is nonetheless “adequate”.

[81] The applicant submits that the RPD applied the wrong legal test for what constitutes “adequate” protection. He says that it is an error to conclude that a system which fails to meet basic fairness standards internationally recognized to be fundamental to any tribunal system can nonetheless provide “adequate” protection. The applicant submits that the RPD’s interpretation of “adequate” is out of step with applicable jurisprudence, the UNHCR Handbook, and the Act.

[82] Section 3 of the Act provides that it is to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory (*de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294).

[79] Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR prévoit qu’une peine prévue pour la désertion constitue de la persécution, quelle que soit cette peine, lorsque la désertion est motivée par un refus d’être associé aux actions visées par le paragraphe 171. Compte tenu du fait que la SPR reconnaît que le demandeur ne serait pas en mesure d’opposer un moyen de défense fondé sur le refus de participer à des actions visées par le paragraphe 171 à l’égard d’accusations de désertion, le demandeur soutient que la SPR a commis une erreur en concluant qu’il avait omis de réfuter la présomption de protection de l’État sur ce point.

Le système des cours martiales américain n’est pas conforme aux normes internationales

[80] Le demandeur soutient que la cour martiale américaine n’est pas un tribunal indépendant et impartial, tant du point de vue de la structure que dans la pratique (arrêt *Généreux*, précité). Devant la SPR, il a fait valoir que la protection de l’État ne pourrait pas être raisonnablement assurée dans un système de justice qui ne se conforme pas aux exigences fondamentales d’équité reconnues sur le plan international. Dans sa décision, la SPR ne conclut pas que le système des cours martiales américain est conforme à ces normes, mais déclare qu’un système qui ne respecte pas ces normes fondamentales est néanmoins « adéquat ».

[81] Le demandeur prétend que la SPR a appliqué le mauvais critère juridique pour établir ce qu’est une protection « adéquate ». Selon lui, il est erroné de conclure qu’un système qui n’est pas conforme aux exigences fondamentales d’équité reconnues sur le plan international peut néanmoins offrir une protection « adéquate ». Le demandeur soutient que l’interprétation par la SPR du mot « adéquate » va à l’encontre de la jurisprudence applicable, du Guide du HCNUR et de la Loi.

[82] L’article 3 de la Loi prévoit qu’elle doit être interprétée et appliquée d’une manière conforme aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire (*de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

The applicant submits the RPD's conclusion that a system that fails to meet these standards is nonetheless adequate does not comply with paragraph 3(3)(f) of the Act.

[83] The applicant further submits that the language of section 97 also conflicts with an interpretation of "adequate" state protection that would accept judicial systems that do not meet international standards for an independent and impartial tribunal system. Section 97 indicates that cruel and unusual punishment cannot include punishment that is inherent or incidental to lawful sanctions, so long as the sanctions are imposed according to accepted international standards. Presumably, then, a tribunal system that fails to be in accordance with the Charter [*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 *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47 (ICCPR)], the European Convention on Human Rights [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221], and the *Universal Declaration of Human Rights* [GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at p. 71 (1948)] must be inadequate.

[84] In *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, Justice Anne Mactavish of the Federal Court said, at paragraph 218:

Finally, in considering the applicants' argument that American law is under-inclusive, in that it denies members of the military the right to assert genuine conscientious objections to specific military actions, regard must be had to paragraph 60 of the Handbook. Paragraph 60 provides that in assessing whether punishment meted out under the law of another nation is persecutory, the domestic legislation of the country being asked to grant protection may be used as a "yardstick" in evaluating the claim.

[85] The relevant paragraphs of the UNHCR Handbook state as follows (paragraphs 59 and 60):

l'Immigration), 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294). Le demandeur fait valoir que la conclusion de la SPR portant qu'un système qui n'est pas conforme à ces normes est néanmoins adéquat ne respecte pas l'alinéa 3(3)f) de la Loi.

[83] Le demandeur fait de plus valoir que le libellé de l'article 97 entre également en conflit avec une interprétation d'une protection de l'État « adéquate » qui accepterait des systèmes judiciaires qui ne sont pas conformes aux normes internationales concernant un système de tribunaux indépendants et impartiaux. L'article 97 indique que des peines cruelles et inusitées ne peuvent inclure une peine qui est inhérente ou accessoire à des sanctions légales, dans la mesure où les sanctions sont imposées conformément aux normes internationales reconnues. On doit donc présumer qu'un système de tribunaux qui n'est pas conforme à la Charte [*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]], au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (PIDCP)], à la Convention européenne des droits de l'homme [*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221] et à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, à la p. 71 (1948)] doit être inadéquat.

[84] Dans la décision *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561, la juge Anne Mactavish de la Cour fédérale a déclaré ce qui suit au paragraphe 218 :

Enfin, pour examiner l'argument des demandeurs selon lequel les dispositions légales américaines ont une portée trop limitée, dans la mesure où elles refusent aux membres des forces armées le droit d'exprimer des objections de conscience authentiques à des actions militaires particulières, il convient de tenir compte du paragraphe 60 du Guide. Le paragraphe 60 énonce que, pour décider si la peine prévue par le droit d'une autre nation constitue de la persécution, il est possible d'utiliser la loi du pays saisi de la demande d'asile comme « un point de référence » dans l'évaluation de la demande.

[85] Les paragraphes pertinents du Guide du HCNUR sont rédigés comme suit (paragraphes 59 et 60) :

In order to determine whether prosecution amounts to persecution, it will also be necessary to refer to the laws of the country concerned, for it is possible for a law not to be in conformity with accepted human rights standards. More often, however, it may not be the law but its application that is discriminatory. Prosecution for an offence against “public order”, e.g. for distribution of pamphlets, could for example be a vehicle for the persecution of the individual on the grounds of the political content of the publication.

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.

[86] Based on the above, the applicant submits the UNHCR has clearly instructed that Canada may use principles outlined in international instruments such as the ICCPR, as well as have reference to its own military justice system, when measuring what constitutes “adequate” state protection. This has also been outlined in decisions such as *Généreux*, and confirmed by experts such as Professor Fidell. As such, the applicant submits the RPD’s finding that the U.S. military justice system is able to provide “adequate” protection is not reasonable.

[87] In addition, the applicant submits it was unreasonable for the RPD to prefer the opinion of Professor Hansen, given the content of that opinion. Professor Hansen’s view was essentially that the Supreme Court of Canada and the international community are misguided about what constitutes fairness. The applicant submits that while the RPD member may be entitled to adopt this as his own personal view, an administrative tribunal in Canada is bound by the Supreme Court of Canada’s interpretation of what constitutes fairness.

[88] The RPD finds, at paragraph 108 of the decision, that just because a justice system is based on the inquisitorial model does not mean it is inadequate. The applicant points out that aspects of Canadian law still incorporate the inquisitorial model, and that a tribunal

Pour déterminer si les poursuites équivalent à une persécution, il faudra également se reporter aux lois du pays en question, car il se peut que la loi elle-même ne sort pas conforme aux normes admises en matière de droits de l’homme. Plus souvent, cependant, ce ne sera pas la loi, mais l’application de la loi qui sera discriminatoire. Des poursuites pour une infraction contre « l’ordre public », par exemple la distribution de tracts, peuvent être un moyen de persécuter l’individu en raison du contenu politique de la publication.

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.

[86] Compte tenu de ce qui précède, le demandeur soutient que le HCNUR a clairement indiqué que le Canada peut utiliser les principes décrits dans les instruments internationaux tels que le PIDCP, ainsi que s’en remettre à son propre système de justice militaire pour déterminer ce qu’est une protection de l’État « adéquate ». Des décisions comme *Généreux* l’ont également souligné et des experts comme le professeur Fidell l’ont confirmé. À ce titre, le demandeur soutient que la conclusion de la SPR selon laquelle le système de justice militaire américain est en mesure d’assurer une protection « adéquate » n’est pas raisonnable.

[87] De plus, le demandeur fait valoir qu’il était déraisonnable que la SPR privilégie l’opinion du professeur Hansen, compte tenu du contenu de cette opinion. Essentiellement, selon le professeur Hansen, la Cour suprême du Canada et la communauté internationale se trompent sur ce qu’est l’équité. Le demandeur soutient que même si le commissaire de la SPR a le droit de faire sienne cette opinion, les tribunaux administratifs au Canada sont liés par l’interprétation de la Cour suprême du Canada de ce qu’est l’équité.

[88] Au paragraphe 108 de la décision, la SPR conclut qu’un système de justice n’est pas inadéquat simplement parce qu’il est fondé sur le modèle inquisitoire. Le demandeur souligne que des aspects du droit canadien comportent encore un modèle inquisitoire, mais que le

operating under this system may still be independent and impartial. This highlights how the RPD misconstrued the applicant's arguments on this point; the problem is not that the U.S. system and the Canadian system are not the same, it is that the U.S. system is not fair.

[89] The Supreme Court of Canada provided a baseline in *Généreux* for measuring fairness in an independent and impartial court-martial system. The problem is the fact that the U.S. system fails to comply with basic fairness standards set forth in domestic and international law. For example, in the U.S. a commanding officer still possesses considerable power over the entire process; in Canada and the U.K., however, amendments have been made to separate the military judicial system from the executive so as to ensure that military tribunals are independent and impartial.

[90] Further, Canada's old court-martial system that was under scrutiny in the *Généreux* decision is very similar to the system that exists in the U.S. today. It included an appellate system and JAG [Judge Advocate General] officers. Nevertheless, the Supreme Court of Canada found that it violated all three requirements of an independent and impartial tribunal, and that the executive maintained an unacceptable level of influence over the whole process. The European Court of Human Rights also made similar findings regarding the U.K. court-martial system, which at the time largely mirrored that which exists in the United States today (*Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221).

[91] There was significant evidence on this issue put before the RPD. Professor Fidell is a professor in military law at Yale University, President of the National Institute of Military Justice in the United States, and a member of the "Meeting of Experts" convened in Geneva by the U.N. High Commissioner for Human Rights regarding the U.N. draft principles governing the administration of justice through military tribunals. His ultimate conclusion, after considering a variety of

tribunal qui fonctionne selon ce système peut quand même être indépendant et impartial. Cela fait ressortir la façon dont la SPR a mal interprété les arguments du demandeur sur ce point. Le problème ne réside pas dans le fait que le système américain n'est pas le même que le système canadien, mais bien dans le fait que le système américain n'est pas équitable.

[89] Dans l'arrêt *Généreux*, la Cour suprême du Canada a fourni un point de départ pour mesurer l'équité au sein d'un système de cours martiales indépendantes et impartiales. Le problème réside dans le fait que le système américain ne respecte pas les normes d'équité de base énoncées dans le droit intérieur et le droit international. Par exemple, aux États-Unis, un commandant possède un pouvoir considérable sur l'ensemble du processus. Toutefois, au Canada et au Royaume-Uni, des modifications ont été apportées aux lois pour séparer le système judiciaire militaire du pouvoir exécutif pour faire en sorte que les tribunaux militaires soient indépendants et impartiaux.

[90] De plus, l'ancien système de cours martiales canadien examiné dans l'arrêt *Généreux* est très semblable au système qui existe aux États-Unis aujourd'hui. L'ancien système canadien incluait un système d'appel et des représentants du JAG [juge-avocat général]. La Cour suprême du Canada a néanmoins conclu que ce système violait les trois exigences relatives à un tribunal indépendant et impartial et que le pouvoir exécutif maintenait un niveau d'influence inacceptable sur l'ensemble du processus. La Cour européenne des droits de l'homme a également tiré des conclusions semblables concernant le système de cours martiales du Royaume-Uni qui, à l'époque, reflétait grandement celui qui existe actuellement aux États-Unis (*Findlay v. The United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221).

[91] Une preuve importante a été présentée à la SPR sur cette question. Le professeur Fidell enseigne le droit militaire à l'université Yale. Il est président du National Institute for Military Justice aux États-Unis et participe à la « Réunion d'experts » convoquée à Genève par le Haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies concernant le projet de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires. Après avoir examiné tout un éventail de facteurs, il a finalement

factors, is that “it is doubtful that the United States military justice system can be sustained if it were tested against contemporary Canadian or international norms”.

[92] The RPD found that it preferred the opinion of Professor Hansen. Professor Hansen did not contest that the U.S. system fails to meet international standards for an independent tribunal, but in his opinion this does not make the system fundamentally unfair. The applicant points out that there is no indication of how Professor Hansen is measuring fairness, other than his own personal opinion. Professor Hansen’s article suggests that he thinks it is “fair” to sacrifice the individual rights of soldiers, because competing interests such as deployability, control and discipline require it. In this sense, Professor Hansen simply disagrees with the direction the Supreme Court of Canada and the international community has taken with regard to basic fairness standards in a tribunal system.

[93] The RPD rejects the evidence of Professor Fidell and Mr. Rehkopf, who do not just rely on their personal opinion of what is fair, but who apply the Supreme Court of Canada’s directions on fairness when assessing the U.S. court-martial system. Given that Supreme Court of Canada decisions are binding on the RPD, as well as considering the role played by the standards set in the international community in the context of decision making under sections 96 and 97 of the Act, the applicant submits it was unreasonable for the RPD to favour the opinion of Professor Hansen. It was also unreasonable for it to reject the instruction of the Supreme Court of Canada in *Généreux* and the standards set out in international instruments.

Differential punishment

[94] The applicant asserted that he would be disproportionately punished in the U.S. because of his publicly expressed opinions against the wars in Iraq and Afghanistan. Paragraph 169 of the UNHCR Handbook

conclu qu’il [TRADUCTION] « est douteux que le système de justice militaire des États-Unis puisse être maintenu s’il devait être examiné en fonction des normes canadiennes ou internationales contemporaines ».

[92] La SPR a conclu qu’elle préférerait l’opinion du professeur Hansen. Ce dernier ne conteste pas le fait que le système américain ne respecte pas les normes internationales relatives aux tribunaux indépendants, mais, à son avis, cela ne rend pas le système foncièrement inéquitable. Le demandeur souligne que rien n’indique la façon dont le professeur Hansen mesure l’équité, autrement qu’en donnant son opinion personnelle. Selon l’article du professeur Hansen, celui-ci estime qu’il est « équitable » de sacrifier les droits individuels des soldats, parce que des intérêts concurrents tels que la déployabilité, le contrôle et la discipline l’exigent. En ce sens, le professeur Hansen est tout simplement en désaccord avec l’orientation qu’ont prise la Cour suprême du Canada et la communauté internationale en ce qui concerne les normes d’équité de base dans un système de tribunaux.

[93] La SPR rejette la preuve du professeur Fidell et de M. Rehkopf, qui ne s’appuient pas uniquement sur leur opinion personnelle concernant ce qui est équitable, mais qui se fondent sur les directives de la Cour suprême du Canada à l’égard de l’équité pour évaluer le système des cours martiales américain. Étant donné que les arrêts de la Cour suprême du Canada lient la SPR et vu le rôle que jouent les normes établies dans la communauté internationale dans le contexte de la prise de décisions en vertu des articles 96 et 97 de la Loi, le demandeur fait valoir qu’il était déraisonnable que la SPR privilégie l’opinion du professeur Hansen. Il était également déraisonnable que la SPR rejette la directive donnée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Généreux* ainsi que les normes énoncées dans les instruments internationaux.

Peine différente

[94] Le demandeur a soutenu qu’une peine disproportionnée lui serait imposée aux États-Unis parce qu’il a publiquement exprimé ses opinions contre les guerres en Iraq et en Afghanistan. Selon le paragraphe 169 du Guide

says that punishment for desertion may result in persecution, if that punishment is differential.

[95] In *Hinzman*, above, the Federal Court of Appeal found that the vast majority of deserters from the U.S. military are not formally prosecuted. The applicant put forward evidence demonstrating that the few deserters who are prosecuted include those who are on public record as opponents of the U.S. war efforts. He also put forward evidence that these soldiers' public opinions were the reasons why they were chosen to be prosecuted rather than administratively discharged.

[96] In *Rivera*, above, the Court said at paragraphs 88 and 99:

In their PRRA application the Applicants introduced evidence and argument of a change of position by the U.S. military authorities; a cracking down on deserters who have spoken out publicly against the war in Iraq. Their point was that the state, or at least the military arm of the state, has now targeted for special treatment those who have gone AWOL and who have publicly expressed their opposition to the war in Iraq. This differential treatment involves a decision by the authorities to subject such people to court martial proceedings, rather than administrative discharge, and to punish them more harshly in order to make an example of them that will discourage others from taking similar action....

...

... The Principal Applicant provided ample evidence of the targeting of similarly situated individuals, but this evidence is never addressed from this perspective. In addition, there was also evidence before the Officer of prosecutors seeking harsher treatment, and judges imposing harsher sentences, for deserters who have spoken out against the war. This again raises the issue of the exercise of prosecutorial and judicial discretion in a way that discriminates against those soldiers who have expressed public opposition to the war in Iraq. In turn, this calls into question the procedural and state protection safeguards available to targeted individuals who are prosecuted (instead of receiving an administrative discharge) and who are punished harshly for their political opinions....

du HCNUR, une peine imposée pour la désertion peut constituer de la persécution si cette peine est différente.

[95] Dans l'arrêt *Hinzman*, précité, la Cour d'appel fédérale a conclu que la grande majorité des déserteurs de l'armée américaine n'étaient pas formellement poursuivis. Le demandeur a présenté des éléments de preuve montrant que les quelques déserteurs qui sont poursuivis incluent ceux qui ont fait publiquement part de leur opposition aux efforts de guerre des États-Unis. Il a également présenté des éléments de preuve montrant que les opinions publiques de ces soldats étaient les motifs pour lesquels ils étaient choisis comme cibles de poursuites plutôt que de faire l'objet d'un renvoi par mesure administrative.

[96] Dans la décision *Rivera*, précitée, la Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 88 et 99 :

Dans leur demande d'ERAR, les demandeurs ont présenté des éléments de preuve et des arguments visant à démontrer que les autorités militaires américaines ont modifié leur position et appliquent des mesures plus sévères contre les déserteurs qui se sont prononcés publiquement contre la guerre en Iraq. Selon eux, l'État, ou tout au moins l'aile militaire de l'État, réserve maintenant un traitement spécial à ceux qui se sont absentés sans permission (ASP) et qui ont exprimé publiquement leur opposition à la guerre en Iraq. Cela signifie que les autorités ont décidé de les traduire devant la cour martiale, plutôt que de les renvoyer par mesure administrative, et de les punir plus sévèrement afin d'en faire des exemples et d'empêcher que d'autres commettent des actes similaires. [...]

[...]

[...] La demanderesse principale a produit de nombreux éléments de preuve sur le ciblage de personnes se trouvant dans une situation semblable, mais ces éléments n'ont jamais été considérés sous cet angle. De plus, l'agente a été saisie d'éléments de preuve démontrant que, pour ce qui concerne les déserteurs qui s'étaient prononcés contre la guerre, des procureurs demandaient à ce qu'ils soient traités plus sévèrement, et des juges leur infligeaient des peines plus sévères. Ce constat soulève à nouveau la question de l'exercice discriminatoire du pouvoir discrétionnaire du poursuivant et des juges à l'égard des soldats qui se sont publiquement exprimés contre la guerre en Iraq. Ce qui, à son tour, soulève des doutes sur les garanties procédurales et la protection de l'État dont bénéficient les personnes ciblées qui font l'objet de poursuites (plutôt que d'être renvoyées par mesure administrative) et qui sont punies sévèrement en raison de leurs opinions politiques.

[97] The applicant states that in finding that adequate state protection exists the RPD did not point to mechanisms within the system that protect against the discriminatory exercise of prosecutorial discretion. Instead, the RPD suggests that differential prosecution is a necessary and beneficial part of any criminal justice system.

[98] The findings above include the same errors that were made in *Vassey*—the RPD acknowledges that there is no corrective mechanism in the U.S. system for monitoring discretion, yet dismisses this risk factor by finding that discretion benefits the justice system. Even if this is true, prosecutorial discretion must nonetheless be exercised in an unbiased, lawful fashion.

[99] In *Vassey*, the Court said at paragraphs 77–81:

... This Court recognized the disproportionate prosecution for desertion of those who have spoken out against the wars in Iraq and Afghanistan.

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.

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

[97] Le demandeur soutient qu'en concluant à l'existence d'une protection de l'État adéquate, la SPR n'a pas mentionné les mécanismes de protection que renferme le système pour empêcher l'exercice discriminatoire du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. La SPR indique plutôt qu'un traitement différent quant à la poursuite engagée est un aspect nécessaire de tout système de justice criminelle et est bénéfique pour tout système de justice criminelle.

[98] Les conclusions susmentionnées comportent les mêmes erreurs que celles commises dans la décision *Vassey*. En effet, la SPR reconnaît que le système américain n'a aucun mécanisme de correction pour surveiller l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Or, elle rejette ce facteur de risque en concluant que le pouvoir discrétionnaire est bénéfique pour le système de justice. Même si cela est vrai, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite doit néanmoins être exercé avec impartialité et en respectant la loi.

[99] Dans la décision *Vassey*, la Cour a déclaré ce qui suit aux paragraphes 77 à 81 :

[...] 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.

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 prononcées 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.

En l'espèce, la Commission a largement ignoré la preuve présentée par le demandeur relativement à des individus placés dans des situations similaires et au pouvoir discrétionnaire du

prosecutorial discretion is a benefit to the justice system and is appropriate where there are aggravating factors.

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.

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.

[100] The applicant submits that it is unreasonable to find that state protection against the risk of differential prosecution exists based solely on the fact that discretion is part of a criminal justice system. He further submits that a fulsome state protection analysis requires the RPD to look at how the system would protect an individual when prosecutorial discretion is exercised inappropriately.

Evidence of risk of differential punishment

[101] The applicant submits that the RPD's findings on the issue of differential prosecution were unreasonable. The RPD based its conclusion that the applicant did not face a risk of differential prosecution on a brief comparison of sentences received by those who did speak out against the war and those who did not. The RPD then lists a number of individuals—namely Tony Anderson, Abdullah William Webster and Ryan Jackson—who received higher sentences, and states [at paragraph 156] that “there is no persuasive evidence that these individuals publicly voiced any objections to the war.” The applicant submits this was unreasonable; there

poursuivant. La Commission a conclu que le système de justice bénéficiait de ce pouvoir discrétionnaire et que son exercice était approprié en présence de facteurs aggravants.

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.

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.

[100] Le demandeur soutient qu'il est déraisonnable que la SPR conclue à l'existence de la protection de l'État contre le risque de traitement différent quant à la poursuite en se fondant uniquement sur le fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire fait partie du système de justice criminelle. Il fait de plus valoir que la SPR est tenue, dans le cadre d'une analyse complète relative à la protection de l'État, d'examiner la façon dont le système protégerait une personne en cas d'exercice inapproprié du pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

La preuve du risque de traitement différent quant à la sanction

[101] Le demandeur soutient que les conclusions de la SPR sur la question du traitement différent quant à la poursuite étaient déraisonnables. La SPR a fondé sa conclusion selon laquelle le demandeur n'était pas exposé à un risque de traitement différent à cet égard sur une brève comparaison des peines dont ont fait l'objet ceux qui se sont exprimés publiquement contre la guerre et ceux qui ne l'ont pas fait. La SPR énumère ensuite un certain nombre de personnes, à savoir Tony Anderson, Abdullah William Webster et Ryan Jackson, à qui des peines plus importantes ont été imposées et déclare [au paragraphe 156] qu'« [i]l n'existe aucun élément de

was clear evidence on record that all of these individuals were vocal opponents of U.S. war efforts.

[102] As regards Tony Anderson, there was a public article before the RPD explaining how he had been outspoken against the war in Iraq and was supported in his views by a number of organizations. He went AWOL for only 22 days, but received 14 months in a military jail as his sentence for desertion. Given that the above is directly contrary to the RPD's finding that there was no persuasive evidence before it that Tony Anderson publicly voiced any objections to the war, the applicant submits the RPD can be reasonably inferred to have ignored this evidence when rendering its decision on this point (*Ozdemir*, above).

[103] The information that the RPD does reference regarding the cases of Webster, Jackson and Anderson, consists of a chart from the online source Wikipedia entitled "Punishments given to Iraq war deserters" that was submitted to the site by the Minister. The name of the document itself suggests that these men are on record as opponents to the Iraq war. Furthermore, the source information cited within the Wikipedia article discusses the cases of different public objectors. Abdullah William Webster is called a "prisoner of conscience", and there are statements from the group Courage to Resist in support of Ryan Jackson.

[104] Professor Cohn and Ms. Gilbert also stated in their declaration, that it is commonplace that public statements against the war lead to heavier sentences for desertion. The statement of Eric Seitz, a military law attorney, says that since 2002 it is common that conscientious objectors are denied any leave from their military service, and have been "subjected to severe punishments including lengthy periods of incarceration" for their objections.

preuve convaincant montrant que ces personnes ont déclaré publiquement qu'elles s'opposaient à la guerre. » Le demandeur soutient que cette conclusion est déraisonnable. Il ressort clairement des éléments de preuve au dossier que toutes ces personnes s'étaient publiquement déclarées contre les efforts de guerre américains.

[102] En ce qui concerne Tony Anderson, la SPR disposait d'un article public expliquant la façon dont il s'était prononcé contre la guerre en Iraq et que plusieurs organisations appuyaient ses opinions. Il a été ASP pendant uniquement 22 jours, mais s'est vu imposer une peine de 14 mois dans une prison militaire pour désertion. Étant donné que ce qui précède contredit directement la conclusion de la SPR selon laquelle elle ne disposait d'aucun élément de preuve convaincant montrant que Tony Anderson s'était publiquement opposé à la guerre, le demandeur soutient qu'il est raisonnable d'inférer que la SPR n'a pas tenu compte de ces éléments de preuve lorsqu'elle a rendu sa décision sur ce point (arrêt *Ozdemir*, précité).

[103] Les renseignements que la SPR mentionne concernant les cas de Webster, de Jackson et d'Anderson sont présentés sous la forme d'un tableau, provenant de la source en ligne Wikipédia, intitulé « Punishments given to Iraq war deserters » [« peines imposées aux déserteurs de la guerre en Iraq »] soumis par le ministre. Le titre du document lui-même indique que ces hommes se sont opposés à la guerre en Iraq. De plus, la source de renseignements citée dans l'article Wikipédia discute des cas de différents opposants publics. Abdullah William Webster est décrit comme un [TRADUCTION] « prisonnier de conscience ». Il y a aussi des déclarations du groupe appelé Courage to Resist qui appuie Ryan Jackson.

[104] La professeure Cohn et M^{me} Gilbert ont indiqué dans leur déclaration qu'il était courant que des déclarations publiques contre la guerre entraînent des peines pour désertion plus sévères. Selon la déclaration d'Eric Seitz, un avocat en droit militaire, il est courant depuis 2002 que des congés du service militaire ne soient pas accordés aux objecteurs de conscience et ils ont [TRADUCTION] « fait l'objet de peines sévères, y compris de longues périodes d'incarcération » pour leurs objections.

[105] The applicant submits there was significant evidence before the RPD that was overlooked in its analysis of this issue. He submits that the RPD spent considerable time summarizing the information before it, but failed to engage that material in a meaningful way. This renders the decision unreasonable.

The Respondent

State protection

[106] The respondent submits that the applicant's submissions fail to appreciate that he had a very heavy burden of establishing that state protection in the U.S. was not available to him. As the Supreme Court of Canada said in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 [at page 722], “[i]t is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded” [emphasis in original]. There is a presumption of state protection, and the applicant must rebut it with “clear and convincing” evidence.

[107] The more democratic the country, the heavier the burden on the applicant (*Hinzman*, at paragraph 45). In *Hinzman*, the Federal Court of Appeal considered the case of a U.S. military deserter, and concluded that he was not entitled to refugee protection in Canada because state protection was available to him. The claimant had to exhaust all domestic avenues available to him without success before claiming refugee status in Canada.

Conformity with international standards

[108] As the RPD noted [at paragraph 70], comparing the home state's law to Canadian or international standards is “not the definitive test.” The Federal Court of Appeal has stated that in a free and independent country like the U.S., the claimant must establish “[e]xtraordinary circumstances” to demonstrate that state protection

[105] Le demandeur fait valoir que la SPR disposait d'éléments de preuve importants qui ont été ignorés lorsqu'elle a analysé cette question. Il soutient que la SPR a passé un temps considérable à résumer les renseignements dont elle disposait, mais qu'elle a omis d'examiner ces documents de façon significative, ce qui rend la décision déraisonnable.

Le défendeur

La protection de l'État

[106] Selon le défendeur, les observations du demandeur ne tiennent pas compte de la très grande importance du fardeau pour établir qu'il ne pouvait pas se prévaloir de la protection de l'État aux États-Unis. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 [à la page 722], « [i]l est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection: c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée » [souligné dans l'original]. Il y a une présomption de protection de l'État et le demandeur doit la réfuter au moyen d'une preuve « claire et convaincante ».

[107] Plus un pays est démocratique, plus lourd est le fardeau qui incombe au demandeur (*Hinzman*, au paragraphe 45). Dans l'arrêt *Hinzman*, la Cour d'appel fédérale a examiné le cas d'un déserteur de l'armée américaine et a conclu qu'il n'était pas admissible à l'asile au Canada parce qu'il pouvait se prévaloir de la protection de l'État. Le demandeur d'asile était tenu d'épuiser tous les recours disponibles aux États-Unis sans avoir obtenu gain de cause avant de demander l'asile au Canada.

La conformité aux normes internationales

[108] Comme l'a souligné la SPR [au paragraphe 70], la comparaison entre le droit de l'État d'origine et les normes canadiennes ou internationales ne constitue pas le « critère définitif ». La Cour d'appel fédérale a déclaré que dans un pays libre et indépendant comme les États-Unis, le demandeur doit établir l'existence de

is ineffective (*Satiacum*, above [at paragraph 26]). Examples have been circumstances that “tended to impeach the total system of prosecution, jury selection or judging” or the “independence of the fair-mindedness of the judiciary itself” [at paragraph 19 of *Satiacum*, above] (*Usta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1525, at paragraphs 15 and 16; *Tuck v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 138, 268 F.T.R. 243, at paragraph 14).

[109] The respondent submits that no such evidence was adduced in the present case. In fact, the evidence suggests there are sufficient checks and balances within the military justice system; instances of unlawful command influence do not mean that the entire military justice system has been impeached. As said in *Satiacum* [at paragraph 25], “[t]he notion of a fair trial and independent judicial system must make allowance for the self-correcting mechanisms within the system”.

[110] The respondent submits that the RPD put forward a reasonable explanation for preferring the opinion of Professor Hansen: he focused on whether the U.S. system was fair, and not on whether it was compliant with Canadian and U.K. law—that is not the test.

Violation of international law

[111] The respondent points out that paragraph 171 of the UNHCR Handbook makes clear that “[n]ot every conviction... will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion.” Punishment for desertion may amount to persecution where the military action in question “is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct”.

[112] In the Federal Court’s decision in *Hinzman*, it was explained that in determining whether a

« circonstances exceptionnelles » pour montrer que la protection de l’État est inefficace (arrêt *Satiacum*, précité). Parmi des exemples de telles circonstances, mentionnons celles « qui tendent à entâcher tout le régime de poursuites, la sélection du jury ou le jugement » [arrêt *Satiacum*, précité] ou celles où « l’indépendance ou le sens de l’équité des juges est en cause » [arrêt *Satiacum*, précité] (*Usta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1525, aux paragraphes 15 et 16; *Tuck c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 138, au paragraphe 14).

[109] Le défendeur soutient qu’aucun élément de la sorte n’a été présenté en l’espèce. En fait, les éléments de preuve tendent à indiquer que le système de justice militaire comporte suffisamment de mesures de contrôle. Les cas d’influence indue de la chaîne de commandement ne signifient pas que l’ensemble du système de justice militaire a été entâché. Comme l’a déclaré la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Satiacum*, « [l]a notion de procès équitable dans un système judiciaire équitable et impartial doit tenir compte des mécanismes de correction qu’offre le système ».

[110] Le défendeur fait valoir que la SPR a présenté une explication raisonnable pour privilégier l’opinion du professeur Hansen : il a mis l’accent sur la question de savoir si le système américain était équitable et non sur celle de savoir s’il respectait le droit canadien et britannique, ce qui n’était pas le critère.

Violation du droit international

[111] Le défendeur souligne qu’il ressort clairement du paragraphe 171 du Guide du HCNU que « [n]’importe quelle conviction [...] ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission ». La peine prévue pour la désertion peut constituer de la persécution lorsque l’action militaire en cause est « condamné[e] par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires ».

[112] La décision *Hinzman* de la Cour fédérale explique que pour décider si les actions d’un gouvernement

government's actions fall within the scope of paragraph 171, the three factors listed in *Krotov*, above, must be considered. The first factor is (*Hinzman*, at paragraph 139):

... the level and nature of the conflict, and the attitude of the relevant governmental authority towards it, has reached a position where combatants are or may be required on a sufficiently widespread basis to act in breach of the basic rules of human conduct generally recognized by the international community.

The respondent submits that this is fatal to the applicant's case; he has not established that the attitude of the U.S. government has met this threshold.

[113] Just because isolated incidents of breaches of international humanitarian law occurred, it does not mean that the U.S. government sanctioned this behaviour. As noted by the Federal Court in *Hinzman* [at paragraph 169], “[i]t is generally accepted that isolated breaches of international humanitarian law are an unfortunate but inevitable reality of war”.

Unlawful order defence

[114] The respondent says that the applicant's submissions on this issue are unclear: on one hand he concedes that the RPD understood that the unlawful order defence does not apply to the charge of desertion; but he then argues that the RPD did not understand the law.

[115] In U.S. military law, the defence is available in respect of refusing an order that is unlawful but cannot be used as a defence to desertion (*Vassey*, above). The respondent submits that the RPD understood this but it was simply not convinced that the unavailability of this defence rebutted the presumption of state protection. This finding was open to the RPD. The evidence was that the reason why someone left the military can be admitted as part of sentencing. This is similar to the state of the law in Canada.

tombent sous le coup du paragraphe 171, il faut prendre en compte les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Krotov*, précité. Le premier facteur est le suivant (*Hinzman*, au paragraphe 139) :

[...] le niveau et la nature du conflit, ainsi que l'attitude des autorités gouvernementales compétentes, sont tels que les combattants sont ou peuvent être tenus de commettre des actes contraires aux règles fondamentales de conduite de façon généralisée et généralement reconnues par la communauté internationale.

Selon le défendeur, ce facteur est fatal à la demande du demandeur, car celui-ci n'a pas établi que l'attitude du gouvernement américain satisfaisait à ce critère.

[113] La simple survenance d'incidents isolés de violations du droit humanitaire international ne signifie pas que le gouvernement américain autorisait cette conduite. Comme l'a souligné la Cour fédérale dans la décision *Hinzman* [au paragraphe 169], « [i]l est généralement accepté que les violations isolées du droit humanitaire international constituent un aspect regrettable, mais inévitable des conflits ».

Le moyen de défense de l'ordre illégal

[114] Le défendeur fait valoir que les observations du demandeur sur ce point ne sont pas claires : d'une part, il admet que la SPR a compris que le moyen de défense de l'ordre illégal ne s'appliquait pas à une accusation de désertion, et d'autre part, il prétend que la SPR n'a pas compris le droit.

[115] En droit militaire américain, ce moyen de défense peut être invoqué par un accusé qui a refusé d'obéir à un ordre illégal, mais il ne peut être invoqué comme moyen de défense pour une accusation de désertion (décision *Vassey*, précitée). Le défendeur soutient que la SPR l'a compris, mais qu'elle n'était tout simplement pas convaincue que l'impossibilité d'invoquer ce moyen de défense réfutait la présomption de la protection de l'État. Il était loisible à la SPR de tirer cette conclusion. La preuve indiquait que le motif pour lequel une personne quittait l'armée pouvait être admis dans le cadre de la détermination de la peine. Il en est de même dans l'état actuel du droit au Canada.

[116] The respondent further submits that as outlined above, the incidents described by the applicant do not fall under paragraph 171 of the UNHCR Handbook. It is therefore speculative that the applicant would even be able to use this defence at all.

Evidence of similarly situated individuals

[117] The applicant's arguments regarding the evidence of similarly situated people erroneously assumes that punishment for evading military service must be considered persecution for political opinion in all cases where the refusal to perform military duties is motivated by political opinion. However, the Federal Court of Appeal made clear in *Zolfagharkhani*, above, at page 550, that "a claimant's political motivation cannot alone govern any decision as to refugee status."

[118] The respondent submits that it was open to the RPD to find that the applicant had not proven on a balance of probabilities that deserters with public profiles had received disproportionately severe sentences. Some of the applicant's own evidence said that "prosecutor's discretion varies from area to area and no one matter is taken into consideration in prosecution of these matters". In *Vassey*, the Court reiterated that the onus is on the applicant to present evidence to prove this issue on a balance of probabilities. The respondent submits that the applicant has not done so.

The Applicant's Reply

[119] The respondent asserts that the applicant's argument that the U.S. military justice system must meet international standards is "untenable", yet does not reconcile this statement with the wording of section 97 of the Act, nor with the authorities set out by the applicant. Instead, the respondent asserts that *Satiacum* sets

[116] Comme nous l'avons vu, le défendeur prétend de plus que les incidents décrits par le demandeur ne tombent pas sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Le fait que le demandeur serait même en mesure d'invoquer ce moyen de défense relève donc de la conjecture.

La preuve concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable

[117] Les arguments du demandeur relatifs à la preuve concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable supposent à tort que la peine pour éviter le service militaire doit être considérée comme de la persécution pour cause d'opinions politiques dans tous les cas où la motivation du refus d'accomplir des fonctions militaires est fondée sur des opinions politiques. La Cour d'appel fédérale a cependant clairement déclaré dans l'arrêt *Zolfagharkhani*, précité, à la page 550, que « la motivation politique d'un demandeur ne peut à elle seule régir la décision sur son statut de réfugié ».

[118] Selon le défendeur, il était loisible à la SPR de conclure que le demandeur n'avait pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les déserteurs ayant un profil public avaient fait l'objet de peines disproportionnellement sévères. Certains éléments de preuve du demandeur lui-même indiquent que [TRADUCTION] « le pouvoir discrétionnaire du poursuivant varie d'une région à une autre et plus d'un élément est pris en compte pour la poursuite de ces cas ». Dans la décision *Vassey*, la Cour a répété qu'il incombait au demandeur de présenter des éléments de preuve pour prouver cette question selon la prépondérance des probabilités. Le défendeur soutient que le demandeur ne l'a pas fait.

La réponse du demandeur

[119] Selon le défendeur, la prétention du demandeur selon laquelle le système de justice militaire américain doit répondre aux normes internationales est [TRADUCTION] « insoutenable », mais il ne concilie pas cette déclaration avec le libellé de l'article 97 de la Loi ni avec la jurisprudence présentée par le demandeur. Le défendeur

out a test of “extraordinary circumstances” to rebut the presumption of state protection.

[120] The applicant submits that the respondent has misstated the test that applies to state protection. The applicable test is the one set out in *Ward*, above. This test does not include a requirement that a claimant establish “extraordinary circumstances”, regardless of their country of origin. The comments of the Federal Court of Appeal in *Satiacum* went to the nature of the evidence that might be necessary to impeach a tribunal system in a developed democracy like the United States. This is not the legal test for rebutting the presumption of state protection.

[121] The respondent claims that mechanisms such as JAG officers and protections against unlawful command influence are examples of self-corrective mechanisms which make the U.S. military justice system fair. The applicant points out that similar arguments were put forward in *Vassey*, and were rejected. It was not disputed that these mechanisms exist; what was disputed is whether they make the system fair.

[122] Notwithstanding the differences in opinion as to how to measure fairness, it is uncontested that when standards that are internationally recognized as being basic features of a tribunal system are used as the measuring stick, the U.S. court-martial system falls short (*Vassey*).

[123] The respondent claims that the mere existence of self-correcting mechanisms is enough to demonstrate the adequacy of the state protection. However, the respondent does not provide information as to how these checks and balances actually provide adequate protection in operation and what protection is expected in an “adequate” system. The *Satiacum* decision actually supports the applicant’s argument that a system which is not independent and impartial cannot provide adequate state protection. The [Federal] Court of Appeal said in *Satiacum* [at paragraph 19] that:

soutient plutôt que l’arrêt *Satiacum* énonce un critère relatif aux « circonstances exceptionnelles » pour réfuter la présomption de protection de l’État.

[120] Le demandeur fait valoir que le défendeur a mal énoncé le critère qui s’applique à la protection de l’État. Le critère applicable est le critère énoncé dans l’arrêt *Ward*, précité. Ce critère n’exige pas qu’un demandeur établisse des « circonstances exceptionnelles », peu importe son pays d’origine. Les commentaires de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Satiacum* visaient la nature de la preuve qui pourrait être nécessaire pour entacher un système de tribunaux dans une démocratie développée comme les États-Unis. Ce n’est pas le critère juridique pour réfuter la présomption de protection de l’État.

[121] Le défendeur soutient que des mécanismes tels que les représentants du JAG et les mesures de protection contre l’influence indue de la chaîne de commandement sont des exemples de mécanismes d’autocorrection qui font en sorte que le système de justice militaire américain est équitable. Le demandeur souligne que des arguments semblables ont été présentés dans la décision *Vassey* et qu’ils ont été rejetés. L’existence de ces mécanismes n’est pas contestée. Ce qui était contesté était la question de savoir s’ils rendaient le système équitable.

[122] Nonobstant les divergences d’opinions sur la façon de mesurer l’équité, nul ne conteste que lorsque des normes reconnues internationalement comme caractéristiques de base d’un système judiciaire sont utilisées comme point de référence, le système de cours martiales des États-Unis ne répond pas à ces normes (*Vassey*).

[123] Le défendeur soutient que la simple existence de mécanismes d’autocorrection est suffisante pour démontrer que la protection de l’État était adéquate. Le défendeur ne fournit cependant pas de renseignements sur la façon dont ces mesures de contrôle assurent dans la pratique une protection adéquate lorsqu’elles sont appliquées et le type de protection à laquelle on s’attend dans un système « adéquat ». L’arrêt *Satiacum* appuie en fait la prétention du demandeur qu’un système qui n’est pas indépendant et impartial ne peut assurer une protection de l’État adéquate. Voici ce qu’a déclaré la Cour d’appel [fédérale] dans l’arrêt *Satiacum* :

In the absence of exceptional circumstances established by the claimant, it seems to me that in a Convention refugee hearing, as in an extradition hearing, Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. 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. [Footnote: In *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein* (1989), 96 N.R. 321 (S.C.C.), decided June 8, 1989, the Supreme Court of Canada allowed extradition to the United States for trial of Canadian citizens arrested in Canada for alleged offences which took place in Canada and for which they could have been tried in Canada. LaForest, J., for the majority held that “the effective prosecution and the suppression of crime is a social objective of a pressing and substantial nature” (at p. 29) and that “It is not for this Court to pass upon the validity of the laws of other countries” (at p. 31). Wilson, J., in dissent appeared to make an exception of the United States: “The system of justice in the United States, which happens to be the requesting state in this case, may be very similar to our own and the proceedings there may closely parallel the proceedings here. But this will not necessarily be so in the case of all requesting states” (at p. 14). A similar comment was made by Sopinka, J., in dissent: “I cannot agree with this characterization when viewed against the spectrum of nations to which a citizen can be extradited. Our citizens may be extradited not only to the United States but to countries where systems are radically different and whose laws provide none of the traditional protections for persons charged” (at p. 2).

[124] The applicant points out that the decision under review in *Vassey* was very similar, and the Court found it to be unreasonable on this point.

[125] Furthermore, the applicant submits that the standards for fairness that are enshrined in the Canadian Charter are not exceptional rights, but are basic rights from which any deviation requires express justification. The Supreme Court of Canada held in *Généreux* that it was not in the interests of a free and democratic society to deny members of the military the right to a hearing before an independent and impartial tribunal.

En l’absence d’une preuve de circonstances exceptionnelles faite par le revendicateur, il me semble que lors de l’audition d’une revendication du statut de réfugié, comme dans une requête en extradition, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu’il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. 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 [Note de bas de page : Dans l’arrêt *Les États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, rendu le 8 juin 1989; la Cour suprême du Canada a permis l’extradition vers les États-Unis, en vue d’un procès, de citoyens canadiens arrêtés au Canada pour des infractions apparemment commises au Canada, qui auraient pu faire l’objet de poursuites au Canada. Au nom de la majorité, le juge La Forest conclut que « les poursuites criminelles fructueuses et la répression du crime constituent un objectif social qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles » (à la p. 29) et qu’« il n’appartient pas à cette Cour de se prononcer sur la validité des lois d’autres pays » (à la p. 31). En dissidence, le juge Wilson semble faire une exception pour les États-Unis : « Le système de justice des États-Unis, qui sont l’État requérant en l’espèce, est peut-être très semblable au nôtre et les procédures qui y ont cours sont peut-être aussi très analogues aux nôtres. Mais il n’en est pas nécessairement de même dans le cas de tous les États requérants » (à la p. 14). Le juge Sopinka reprend des propos semblables dans son opinion dissidente : « Je ne puis souscrire à cette qualification compte tenu de l’éventail des pays vers lesquels un citoyen peut être extradé. Nos citoyens peuvent être extradés non seulement vers les États-Unis, mais encore vers des pays où les systèmes sont radicalement différents et dont les lois ne fournissent aucune des protections traditionnelles aux accusés » (à la p. 2).

[124] Le demandeur souligne que la décision faisant l’objet du contrôle dans la décision *Vassey* était très semblable et que la Cour a conclu qu’elle était déraisonnable sur ce point.

[125] De plus, le demandeur soutient que les normes d’équité qui sont enchâssées dans la Charte canadienne ne sont pas des droits exceptionnels, mais des droits fondamentaux à l’égard desquels toute dérogation doit être expressément justifiée. Dans l’arrêt *Généreux*, la Cour suprême du Canada a statué qu’il n’était pas dans l’intérêt d’une société libre et démocratique de refuser aux militaires le droit à une audition par un tribunal indépendant et impartial.

[126] In regards to jury selection, in *Trépanier v. R.*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498 (*J.S.K.T.*), the Court Martial Appeal Court of Canada said, at paragraphs 95 and 103–105:

Thus, the question becomes, as a result of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA, the following: does the fact of giving the choice of the trier of facts to the prosecution unjustifiably violate or compromise the accused's constitutional right to full answer and defence and to control that defence which is required by the principles of fundamental justice? We think so for the reasons given by this Court in its unanimous opinion in *Nystrom*, at paragraphs 71 to 86. We have summarized them and reproduced the paragraphs in the present reasons under the heading: The *obiter dictum* of this Court in *R. v. Nystrom*: see paragraphs 59 to 62.

...

For the reasons given, we believe that section 165.14, subsection 165.19(1) and article 111.02(1) of the QR&Os violate section 7 and paragraph 11d) of the Charter. In our view, to give the prosecution, in the military justice system, the right to choose the trier of facts before whom the trial of a person charged with serious *Criminal Code* offences will be held, as do section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA, is to deprive that person, in violation of the principles of fundamental justice, of the constitutional protection given to offenders in the criminal process to ensure the fairness of their trial. Unless a justification can be provided under section 1 of the Charter, these provisions violate section 7 and paragraph 11d) of the Charter and are of no force and no effect.

Counsel for the respondent has conceded that if the above provisions are found to be unconstitutional by this Court, they cannot be saved under section 1 of the Charter. This approach is consistent with the finding of retired Chief Justice Lamer in his Report that he has “been unable to find a military justification for disallowing an accused charged with a serious offence the opportunity to choose between a military judge alone and a military judge and panel, other than expediency”. He went on to add “When it comes to a choice between expediency on the one hand and the safety of the verdict and fairness to the accused on the other, the factors favouring the accused must prevail”.

As Lamer J. once said in *R. v. Brouillard*, [1985] 1 S.C.R. 39, at paragraph 24, where fairness of the process appeared to have been compromised by the judge's numerous interventions when

[126] En ce qui concerne la sélection du jury, dans l'arrêt *Trépanier c. R.*, 2008 CACM 3 (*J.S.K.T.*), la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a déclaré ce qui suit aux paragraphes 95 et 103 à 105 :

Aussi la question, vu l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN, se pose-t-elle comme suit : le fait de donner le choix du juge des faits à la poursuite enfreint-il ou compromet-il de façon injustifiable le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler cette défense, droit qui procède des principes de justice fondamentale? Nous croyons que oui, pour les motifs exposés par notre Cour au soutien de son opinion unanime dans *Nystrom*, aux paragraphes 71 à 86. Nous avons résumé ces motifs et en avons reproduit des paragraphes dans la partie des présents motifs intitulée « *Les remarques incidentes de la Cour dans l'arrêt R. c. Nystrom* » : voir les paragraphes 59 à 62.

[...]

Pour les motifs exposés ci-dessus, nous estimons que l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) ainsi que le paragraphe 111.02(1) des ORFC violent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. À notre avis, le fait de donner à la poursuite, dans le système de justice militaire, le droit de choisir le juge des faits devant lequel se déroulera le procès d'une personne accusée d'infractions graves au *Code criminel*, comme le font l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN, a pour effet de priver cette personne, en violation des principes de justice fondamentale, de la protection constitutionnelle reconnue aux contrevenants dans le régime criminel en vue d'assurer l'équité du procès qu'ils doivent subir. À moins de pouvoir être justifiées au titre de l'article premier de la Charte, les dispositions en cause violent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte et sont inopérantes.

L'avocate de l'intimée a reconnu que si notre Cour déclarait inconstitutionnelles les dispositions en cause, celles-ci ne pourraient être sauvegardées par application de l'article premier de la Charte. Cette position concorde avec la conclusion énoncée par le juge en chef à la retraite Lamer, qui dit dans son rapport avoir été « incapable de trouver une raison d'ordre militaire expliquant pourquoi une personne accusée d'une infraction grave n'aurait pas le droit de choisir entre un procès devant un juge militaire seul et un procès devant un juge militaire et un comité, autre que la commodité », et qui ajoute : « Or, lorsqu'il faut choisir entre, d'une part, la commodité et, d'autre part, la sûreté du verdict et le traitement équitable de l'accusé, ce sont les facteurs favorables à l'accusé qui doivent prévaloir ».

Comme le juge Lamer l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Brouillard*, [1985] 1 R.C.S. 39, au paragraphe 24, alors le caractère équitable du processus semblait avoir été compromis par

the accused testified, it should be borne in mind that at the end of the day the accused is the only one who may be leaving the court in handcuffs. At the end of a trial before a court martial, it is also the accused, not the prosecutor, who will be escorted to his or her harsh conditions of detention or imprisonment.

[127] When discussing whether members of the military should be afforded different rights under the law merely because of their military status or rank, the Court in *J.S.K.T.* had the following to say, at paragraph 113:

At the choice of the prosecution, are junior officers in the Canadian Forces less deserving of protection with a trial by a panel of three members, or no panel at all before a judge alone, than senior officers with a panel of five senior ranking officers? Should junior officers, at the choice of the prosecution, be possibly subjected to less equality before and under the law than more senior officers? It is disturbing that in 2008 these questions can still be asked and that these possibilities still exist under the NDA when our Charter promoting equality before and under the law was enacted in 1982 and, on this particular point, came into effect in 1985, nothing less than 23 years ago.

[128] The language used by the Court in the above mentioned passages speaks of fundamental justice, not exceptional protections. The applicant submits that the threshold for “adequate” protection cannot fall so low as to permit a justice system to fail basic fairness standards.

[129] The applicant also submits that there was evidence before the RPD of routine breaches of the Geneva Convention, not isolated incidents. Similar conduct was at issue in *Key*. The applicant’s personal evidence was that these breaches were routine; he did not testify that they were specific incidents. The applicant reiterates that his many examples of condemned military conduct would substantiate a claim under paragraph 171 of the UNHCR Handbook.

[130] The applicant states that the Court need not determine whether this conduct actually amounted to a breach of the Geneva Convention; what is at issue is the

les nombreuses interventions du juge pendant le témoignage de l’accusé, il ne faut pas perdre de vue qu’au bout du compte, l’accusé est le seul qui risque de quitter le prétoire les menottes au poing. À l’issue d’un procès devant une cour martiale, c’est aussi l’accusé, non le poursuivant, qui est escorté vers ses dures conditions de détention ou d’emprisonnement.

[127] Dans l’arrêt *J.S.K.T.*, lorsque la Cour a analysé la question de savoir si les militaires devraient se voir accorder des droits différents simplement en raison de leur statut ou de leur grade militaire, voici ce qu’elle a déclaré au paragraphe 113 :

Au choix de la poursuite, les officiers subalternes des Forces canadiennes méritent-ils moins de protection, subissant un procès devant un comité formé de trois membres ou devant un juge seul sans aucun comité, que les officiers supérieurs qui comparaissent devant un comité formé de cinq officiers supérieurs? Convient-il que les officiers subalternes, au choix du poursuivant, soient exposés à ne pas avoir droit, devant la loi et dans l’application de la loi, à un traitement égal à celui des officiers de grade supérieur? Il est préoccupant qu’en 2008 ces questions puissent encore être posées et que ces possibilités continuent d’exister sous le régime de la LDN, alors que notre Charte, qui protège l’égalité de tous devant la loi et dans l’application de la loi, a été adoptée en 1982 et, sur ce point précis, est entrée en vigueur en 1985, voilà déjà 23 ans.

[128] Dans les passages reproduits ci-dessus, la Cour parle de justice fondamentale, et non de protections exceptionnelles. Le demandeur soutient que le critère relatif à la protection « adéquate » ne peut être si peu élevé qu’il permette qu’un système de justice ne respecte pas les normes d’équité de base.

[129] Le demandeur fait aussi valoir que la SPR disposait d’éléments de preuve montrant des violations régulières de la Convention de Genève et non des incidents isolés. Une conduite semblable était en cause dans la décision *Key*. Selon la preuve se rapportant à l’expérience personnelle du demandeur, ces violations étaient courantes. Dans son témoignage, il n’a pas déclaré qu’il s’agissait d’incidents particuliers. Le demandeur réitère que les nombreux exemples de conduite militaire condamnée qu’il a présentés étaient une demande d’asile en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR.

[130] Selon le demandeur, il n’est pas nécessaire que la Cour décide si la conduite constituait dans les faits une violation de la Convention de Genève. L’enjeu est

RPD's treatment of the evidence. The RPD did not reference any of the hundreds of pages of documentary evidence detailing the U.S. military's actions.

[131] Regarding the defence of unlawful order, the applicant agrees that the RPD did understand that this defence is not available when an individual is charged with desertion, but it erroneously determined that the defence of unlawful order in the U.S. would encompass all of the military conduct falling under paragraph 171, when in fact it does not. Paragraph 171 is broader than the U.S. defence of unlawful order. This same error was committed in *Vassey*.

[132] The respondent asserts that "no functioning military can allow its soldiers to pick and choose the conflicts that they agree with or they would choose to support". However, the applicant submits that a state protection analysis is not concerned with the effective functioning of the military. The two issues were (a) whether the applicant was associated with conduct falling under paragraph 171 of the UNHCR Handbook and (b) the applicant will be punished for refusing to participate in such actions. If the applicant will be punished for his absence irrespective of his association with condemned military conduct under paragraph 171, he is entitled to international protection from that punishment.

[133] The applicant says that the respondent has misunderstood his argument on differential persecution. He is not saying that persecution arises in every situation where a refusal to perform military service is motivated by political opinion. Persecution arises when the individual receives a more severe punishment due to his or her political opinion (*Vassey*). Furthermore, cases such as *Vassey*, *Hinzman*, and *Walcott* [*Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 415, 98 Imm. L.R. (3d) 216] have found that outspoken critics of the U.S. war efforts are singled out for persecution.

la façon dont la SPR a traité les éléments de preuve. La SPR n'a mentionné aucune des centaines de pages de preuve documentaire décrivant en détail les actions militaires des États-Unis.

[131] En ce qui a trait au moyen de défense de l'ordre illégal, le demandeur convient que la SPR a bien compris qu'il ne peut être invoqué lorsqu'une personne est accusée de désertion, mais elle a conclu à tort qu'il visait, aux États-Unis, l'ensemble de la conduite militaire tombant sous le coup du paragraphe 171, alors que ce n'est pas le cas. Le paragraphe 171 a une portée plus large que le moyen de défense de l'ordre illégal qui peut être invoqué aux États-Unis. Cette même erreur a été commise dans la décision *Vassey*.

[132] Selon le défendeur, [TRADUCTION] « aucune armée en activité ne peut permettre que ses soldats choisissent les conflits avec lesquels ils sont d'accord ou ceux qu'ils décident de soutenir ». Le demandeur soutient cependant qu'une analyse relative à la protection de l'État ne se préoccupe pas du fonctionnement efficace de l'armée. Les deux questions étaient les suivantes : a) le demandeur était-il associé à une conduite tombant sous le coup du paragraphe 171 du Guide du HCNUR; b) le demandeur sera-t-il sanctionné pour avoir refusé de participer à ces actions. Advenant l'imposition au demandeur d'une peine pour son absence peu importe son association à une conduite militaire condamnée en vertu du paragraphe 171, il a droit à la protection internationale contre cette peine.

[133] Le demandeur affirme que le défendeur a mal compris son argument concernant le traitement différent assimilable à de la persécution. Le demandeur ne dit pas que toutes les situations dans lesquelles le refus d'accomplir le service militaire est motivé par des opinions politiques donnent lieu à de la persécution. Il y a persécution lorsque la personne se voit imposer une peine plus sévère en raison de ses opinions politiques (*Vassey*). De plus, il a été statué dans des affaires telles que *Vassey*, *Hinzman* et *Walcott* [*Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 415] que les personnes qui critiquaient ouvertement les efforts de guerre américains étaient choisies comme cibles de persécution.

The Respondent's Further Memorandum of Argument

[134] The respondent submits that the applicant did not make any meaningful efforts to seek state protection before claiming refugee status in Canada. His attempts to transfer or qualify for a non-combatant position do not rise to the level of efforts required of him as a citizen of a highly democratic country like the United States. Furthermore, the Canadian and United Kingdom military justice systems are not the tests for state protection. This is the reason the RPD preferred the affidavit of Professor Hansen.

[135] The applicant also did not establish that a recognized international standard exists in regards to military tribunals. Canada cannot impose its constitutional standards on other countries (*Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500). The Court has held that valid U.S. laws, such as the *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), should be given a presumption of validity and neutrality (*Tuck*, above). The onus is on the applicant to show that these laws are persecutory.

[136] Further, the cases of *Findlay* and *Généreux* do not create a binding standard. *Findlay* dealt with the right to an independent and impartial tribunal under the European Convention of Human Rights, an instrument not binding on the U.S. or Canada. *Généreux* dealt with a system of military justice that lacked many of the safeguards that are in place in the U.S. system, including things such as three-year appointments for judges, the right of selection of judge or jury, provisions preventing a judge from being reprimanded and a separate chain of command for military judges who are senior members of the military.

[137] The Federal Court of Appeal held in *Satiacum*, above, that in the absence of proof to the contrary the RPD must assume a fair trial. It would require "extraordinary" circumstances to impeach the justice system in the U.S. The RPD did not think the evidence adduced reached this standard; instances of unlawful command influence do not mean the entire military justice system has been impeached.

Le mémoire supplémentaire du défendeur

[134] Le défendeur soutient que le demandeur n'a pas fait d'efforts significatifs pour se prévaloir de la protection de l'État avant de présenter une demande d'asile au Canada. Ses tentatives visant à être transféré ou à être admissible à un poste de non-combattant n'atteignent pas le niveau d'efforts requis de la part d'un citoyen d'un pays hautement démocratique comme les États-Unis. De plus, les systèmes de justice militaire du Canada et du Royaume-Uni ne constituent pas les critères en ce qui concerne la protection de l'État, et c'est pourquoi la SPR a privilégié l'affidavit du professeur Hansen.

[135] Le demandeur n'a pas non plus établi l'existence d'une norme internationale reconnue relativement aux tribunaux militaires. Le Canada ne peut imposer ses normes constitutionnelles à d'autres pays (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500). La Cour a statué que des lois américaines valides, comme l'*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), devraient bénéficier de la présomption de validité et de neutralité (décision *Tuck*, précitée). Il incombe au demandeur de démontrer que ces lois sont source de persécution.

[136] En outre, les arrêts *Findlay* et *Généreux* ne créent pas une norme ayant force obligatoire. L'arrêt *Findlay* portait sur le droit à un tribunal indépendant et impartial conformément à la Convention européenne des droits de l'homme, soit un instrument qui ne lie ni les États-Unis ni le Canada. L'arrêt *Généreux* portait quant à lui sur un système de justice militaire où n'existaient pas bon nombre des garanties que comporte le système américain, comme des mandats de trois ans pour les juges, le droit de sélectionner le juge ou le jury, les dispositions empêchant un juge d'être réprimandé et une chaîne de commandement distincte pour les juges militaires qui sont des cadres supérieurs des forces armées.

[137] Dans l'arrêt *Satiacum*, précité, la Cour d'appel fédérale a statué qu'en l'absence d'une preuve contraire, la SPR doit tenir pour acquise la tenue d'un procès équitable. L'existence de circonstances « exceptionnelles » serait nécessaire pour entacher le système de justice américain. La SPR n'a pas estimé que les éléments de preuve présentés répondaient à cette norme. L'existence de cas d'influence indue de la chaîne de commandement

[138] The respondent submits that the news articles and affidavits submitted by the applicant do not establish that deserters with public profiles are specifically targeted; they show that no one factor is taken into consideration in prosecution. This evidence is speculative, and does not establish on a balance of probabilities that military deserters receive higher sentences. In *Vassey*, the Court held that the applicant could present evidence of similarly situated individuals, but he still had to show that all avenues open to him would have resulted in unfair treatment on a balance of probabilities. As stated in *Landry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275, at paragraph 29:

The laws of the United States pertaining to desertion are supposedly neutral and general in application. It was not unreasonable for the member to hold that that presumption was not ousted by affidavits from other deserters, or even indications that over time the penalties have become harsher. In 2005, there were more than 4,000 desertions. A handful of affidavits hardly forms the basis for a statistical analysis.

[139] Secondly, the evidence adduced by the applicant showed that sentences given to the outspoken people ranged from 6 months to 15 months, while sentences for other people ranged from 100 days to 14 months. Contrary to what the applicant submits, the evidence does not establish that the latter group had a public profile prior to the decision to prosecute, and it is difficult to attribute this alleged difference solely to a public profile.

[140] Further, the circumstances surrounding desertion is not an irrelevant factor for a prosecutor to consider. In *Lowell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 649, the Court said, at paragraph 26:

The fact that there is prosecutorial discretion involved, such that those in the applicant's circumstances may receive a jail

ne signifie pas que l'ensemble du système de justice militaire est discrédité.

[138] Selon le défendeur, les articles de journaux et les affidavits présentés par le demandeur n'établissent pas que les déserteurs ayant un profil public sont expressément ciblés. Ils montrent que plusieurs facteurs sont pris en compte pour engager une poursuite. Ces éléments de preuve sont de nature conjecturale et n'établissent pas, selon la prépondérance des probabilités, que les déserteurs militaires font l'objet de peines plus sévères. Dans la décision *Vassey*, la Cour a statué que le demandeur pouvait présenter des éléments de preuve concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable, mais qu'il devait quand même démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les recours qui s'offraient à lui auraient tous conduit à un traitement inéquitable. La Cour fédérale a déclaré ce qui suit dans la décision *Landry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 594, au paragraphe 29 :

Les lois américaines sur la désertion sont censées être neutres et d'application générale. Il n'était pas déraisonnable pour le commissaire de conclure que la présomption n'était pas écartée par les affidavits des autres déserteurs, ni même d'indiquer que les peines sont de plus en plus sévères avec le temps. En 2005, il y a eu plus de 4 000 désertions. Quelques affidavits ne peuvent servir de fondement à une analyse statistique.

[139] De plus, les éléments de preuve qu'a présentés le demandeur ont démontré que les peines infligées aux personnes qui s'exprimaient publiquement variaient de 6 mois à 15 mois, tandis que les peines imposées à d'autres personnes variaient entre 100 jours et 14 mois. Contrairement à ce que le demandeur prétend, la preuve n'établit pas que les membres du deuxième groupe avaient un profil public avant que la décision de poursuivre ne soit prise et il est difficile d'attribuer cette prétendue différence uniquement à un profil public.

[140] En outre, les circonstances entourant une désertion ne constituent pas un facteur pertinent que doit prendre en compte un poursuivant. Dans la décision *Lowell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 649, la Cour a déclaré ce qui suit au paragraphe 26 :

L'existence du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, de sorte que ceux qui se trouvent dans la situation du demandeur

term while others may not, does not in itself establish that he will be subject to hardship of the sort that is contemplated in a positive H&C application. The fact is that there is a range of possible sentences to which the applicant may be exposed. As the Officer noted, the evidence indicates that he is not likely to serve more than 15 months and only then after receiving due process.

[141] In addition, the respondent submits that the RPD properly understood the availability of the defence of unlawful order, and that it is not available for a charge of desertion. However, it stated that other defences to the physical act of being absent are available, such as in the *Huet-Vaughn* decision. The reason for desertion is also admissible during sentencing. The fact that motive is inadmissible as a defence does not render state protection in the U.S. inadequate. The respondent also states that the decision in *Key* is of limited assistance as the Court chose not to assess the availability of state protection in that case.

[142] The incidences described by the applicant do not amount to conduct that falls under the first part of the test for paragraph 171 of the UNHCR Handbook. Thus, it is speculative that the unlawful order defence would even apply to these facts. Further, the respondent submits that paragraph 171 is irrelevant to the applicant's claim. The issue here is prosecution for desertion, and not any potential charges for refusing to engage in acts that may fall under paragraph 171.

[143] The *Vassey* decision also does not assist the applicant in the way that he submits. That decision turned on the RPD's failure to provide adequate reasons as to why it determined that motive was inapplicable to the charge of desertion, it did not opine on the availability of the unlawful command defence under paragraph 171.

peuvent faire l'objet d'une peine d'emprisonnement alors que d'autres non, ne montre pas en soi qu'il subira des difficultés de la sorte visée dans une demande CH qui est accueillie. Le fait est qu'il existe une gamme de peines possibles auxquelles le demandeur peut être exposé. Comme l'a souligné l'agente, la preuve indique qu'il est peu probable qu'il purge plus de 15 mois, et ce, uniquement après avoir bénéficié de l'application régulière de la loi.

[141] De plus, le défendeur soutient que la SPR a bien compris la possibilité d'invoquer le moyen de défense de l'ordre illégal et que celui-ci ne peut être opposé à une accusation de désertion. La SPR a cependant déclaré qu'il était possible de recourir à d'autres moyens de défense pour l'absence physique, comme celui invoqué dans l'arrêt *Huet-Vaughn*. Le motif de désertion est également admissible lors de la détermination de la peine. Le fait que le motif est inadmissible comme moyen de défense ne rend pas inadéquate la protection de l'État aux États-Unis. Le défendeur fait également valoir que la décision *Key* est peu utile, puisque la Cour a choisi de ne pas examiner la disponibilité de la protection de l'État dans cette affaire.

[142] Les incidents décrits par le demandeur ne constituent pas une conduite visée par la première partie du critère prévu au paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Ainsi, l'application du moyen de défense de l'ordre illégal à ces faits est de nature conjecturale. Le défendeur soutient en outre que le paragraphe 171 n'est pas pertinent pour la prétention du demandeur. La question en l'espèce concerne une poursuite pour désertion et non la possibilité d'accusations pour avoir refusé de se livrer à des actes qui peuvent tomber sous le coup du paragraphe 171.

[143] La décision *Vassey* n'aide pas non plus le demandeur de la façon dont il le prétend. Cette décision concernait l'omission de la SPR de fournir des motifs suffisants quant à la raison pour laquelle elle avait conclu que le motif n'était pas pertinent pour l'accusation de désertion. Elle n'a formulé aucune opinion quant à la possibilité d'invoquer le moyen de défense de l'ordre illégal en vertu du paragraphe 171.

ANALYSIS

State protection—Is the U.S. system of military justice impartial and independent?

[144] In *Vassey*, Justice Scott dealt with a judicial review application that had striking similarities with what is presently before me. The decision maker was the same, Mr. Vassey was a member of the same unit in the 82nd Airborne Division as the applicant, and similar evidence was presented by counsel.

[145] I think it is instructive to take a look at how Justice Scott assessed the situation before him, at paragraphs 62–68 in *Vassey*:

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.

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

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 affiants 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).

ANALYSE

Protection de l'État — Le système de justice militaire américain est-il impartial et indépendant?

[144] Dans la décision *Vassey*, le juge Scott devait se prononcer sur une demande de contrôle judiciaire qui comportait des similitudes étonnantes avec la présente affaire. Le décideur était le même, M. Vassey appartenait à la même unité de la 82^e division aéroportée que le demandeur et l'avocat avait présenté des éléments de preuve semblables.

[145] Je crois qu'il est intéressant de jeter un œil sur la façon dont le juge Scott a apprécié la situation devant lui aux paragraphes 62 à 68 dans la décision *Vassey* :

La Cour convient avec le défendeur que les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans *Hinzman* et *Satiacum*, précitées, 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 *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.

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 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.

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 affiants qui les présentaient (voir *Gunes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 664; *Begashaw c.*

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

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.

After summarizing the evidence on 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 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?

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

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 462).

L'obligation de la Commission de s'expliquer s'inscrit en proportion directe à la pertinence des éléments de preuve présentées.

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.

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 affiants. 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 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?

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

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. [Emphasis in original.]

[146] In the present case, the same RPD member makes it clear [at paragraph 69] that he has "had the opportunity to review the decision of the Federal Court in regard to Christopher Marco Vassey, who served in the same unit as the claimant in this matter and was in Afghanistan for some of the same period of time and I have taken it into consideration in analyzing this matter." [Footnote omitted.]

[147] With the benefit of the guidance provided by *Vassey*, the RPD then goes about assessing whether the U.S. system of military justice is impartial and independent [at paragraphs 70–73]:

Is the US system of military justice impartial and independent? It was submitted by the claimant that the US military justice system does not meet the requirements for an independent and impartial tribunal as set out by the Supreme Court of Canada in the *Généreux* decision. Comparing another country's laws and a system of justice to those in Canada is one aspect in analyzing this issue but it is not the definitive test. The test is whether, on a balance of probabilities, the state protection provided by the country is adequate. I set out the opinions presented in this matter in order to assess the submissions of the claimant.

The Minister tendered an article and two affidavits from Professor [Victor Hansen]. The claimant provided two affidavits from [Donald Rehkopf Jr.], as well as an affidavit from Professor [Eugene R. Fidell] and an affidavit from Professor [Marjorie Cohn] and [Kathleen Gilberd] on this issue.

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 par 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 documentaire dont la Commission n'a pas tenu compte dans ses motifs touchent à l'une des questions centrales soulevées par la revendication du demandeur. [Souligné dans l'original.]

[146] En l'espèce, le même commissaire de la SPR indique clairement [au paragraphe 69] qu'il a « eu la possibilité d'examiner la décision de la Cour fédérale en ce qui concerne Christopher Marco Vassey, qui a servi dans la même unité que celle du demandeur d'asile en l'espèce et qui était en Afghanistan au même moment pendant un certain temps, et [qu'il en a] tenu compte dans le cadre de [s]on analyse de la présente affaire » [note en bas de page omise].

[147] Suivant les enseignements de la décision *Vassey*, la SPR a précisé ensuite la question de savoir si le système de justice militaire américain est impartial et indépendant [aux paragraphes 70 à 73] :

Le système de justice militaire américain est-il impartial et indépendant? Il a été soutenu par le demandeur d'asile que le système de justice militaire américain ne satisfaisait pas aux exigences relatives à un tribunal indépendant et impartial établies par la Cour suprême du Canada dans la décision *Généreux*. Comparer les lois et le système judiciaire d'un autre pays à ceux du Canada constitue l'un des aspects à considérer dans l'analyse de cette question, mais il ne s'agit pas du critère définitif. Le critère consiste à établir, selon la prépondérance des probabilités, si la protection de l'État offerte par le pays est adéquate. J'expose les opinions présentées dans cette affaire afin d'évaluer les observations du demandeur d'asile.

Le ministre a présenté un article et deux affidavits rédigés par le professeur [Victor Hansen]. Le demandeur d'asile a présenté deux affidavits rédigés par [Donald Rehkopf fils], ainsi qu'un affidavit rédigé par le professeur [Eugene R. Fidell] et un affidavit rédigé par la professeure [Marjorie Cohn] et [Kathleen Gilberd] concernant cette question.

All these individuals basically agreed that the military commander in the USA has a central role in the military justice system. The commander often initiates investigations into alleged misconduct. The commander responsible for the military suspect will determine what charges, if any, will be brought against the service member. The commander determines what level of court-martial (summary court-martial, special court-martial, or general court-martial) will adjudicate the case. The commander also selects the military panel (jurors) who will hear the case.

In the *Généreux* case, the Supreme Court of Canada found that the structure and constitution of the General Court Martial, as it existed at that time, did not comply with the requirements of s. 11(d) of the *Charter of Rights and Freedoms*. The essential conditions of judicial independence were not met. The Court reviewed three essential conditions. [Footnotes omitted.]

[148] The RPD then reviews and assesses the evidence on point. In general, the conflicts in the evidence are summarized by the RPD, at paragraphs 78–79 of the decision as follows:

In their affidavits, [Donald Rehkopf Jr.] and Professor [Eugene R. Fidell], among other matters, analyze how the US military justice system compares with the three areas of essential conditions of judicial independence set out in the *Généreux* case. They conclude that the US military justice system does not meet most of these conditions. The affidavit of [Marjorie Cohn] and [Kathleen Gilberd] also states that the power of the military commander in the USA military justice system is a problem for providing a fair trial for the accused.

In his affidavit, Professor [Hansen] acknowledges the role of the military commander in the US system but he states that there are sufficient checks and balances within the system to prevent a person receiving an unfair disposition in their case. He states that the military justice is one of the primary tools a military commander has to maintain discipline within the ranks. He maintains that there are statutory protections against Unlawful Command Influence (UCI). He states that the most important protection against UCI is Article 37 of the *Unified Code of Military Justice* (UCMJ). He says that this article specifically precludes any commander from censoring, reprimanding or admonishing any military member, military judge, or counsel with respect to the findings or sentence of a court or with respect to the functions of the court. Article 37(a) also proscribes anyone from attempting to exercise unauthorized influence on any member of the military court or tribunal. Article 37(b) prevents anyone from commenting on or considering a person's performance of duty as a member of a

Toutes ces personnes ont fondamentalement reconnu que le commandant militaire aux États-Unis joue un rôle clé dans le système de justice militaire. C'est souvent le commandant qui ordonne des enquêtes sur des allégations de mauvaise conduite. Le commandant responsable du militaire soupçonné détermine quelles accusations seront portées contre lui, le cas échéant. Le commandant détermine quel palier de la cour martiale (cour martiale simplifiée, cour martiale spéciale ou cour martiale générale) statuera sur le cas. Le commandant sélectionne aussi le tribunal militaire (jurés) qui instruira l'affaire.

Dans l'affaire *Généreux*, la Cour suprême du Canada a conclu que la structure et la constitution de la cour martiale générale de l'époque ne répondaient pas aux exigences prévues à l'alinéa 11d) de la *Charte des droits et libertés*. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire n'étaient pas respectées. La Cour a examiné trois conditions essentielles. [Notes en bas de page omises.]

[148] La SPR a ensuite examiné et apprécié les éléments de preuve portant sur ce point. Elle a résumé de façon générale les conflits présentés en preuve aux paragraphes 78 et 79 de la décision :

Dans leurs affidavits, [Donald Rehkopf fils] et le professeur Professor [sic] [Eugene R. Fidell] analysent, entre autres questions, la manière dont le système de justice militaire américain correspond aux trois domaines de conditions essentielles de l'indépendance judiciaire établies dans l'affaire *Généreux*. Ils concluent que le système de justice militaire américain ne respecte pas la majorité de ces conditions. Dans leur affidavit, [Marjorie Cohn] et [Kathleen Gilberd] indiquent également que le pouvoir du commandant du système de justice militaire américain pose problème pour ce qui est de fournir un procès équitable aux accusés.

Dans son affidavit, le professeur [Hansen] reconnaît le rôle du commandant militaire dans le système américain, mais affirme qu'il comporte des mécanismes de surveillance suffisants pour que l'accusé bénéficie d'un traitement équitable de son cas. Il déclare que la justice militaire est l'un des principaux outils du commandant pour maintenir la discipline dans les rangs. Il soutient qu'il existe des mesures de protection réglementaires contre l'influence indue de la chaîne de commandement (Unlawful Command Influence — UCI). Il affirme que la mesure de protection la plus importante contre l'UCI est l'article 37 du code unifié de la justice militaire (*Unified Code of Military Justice* — UCMJ). Il dit que cet article interdit précisément à un commandant de censurer, de réprimander ou d'admonester tout militaire, un juge militaire ou un avocat relativement à toute décision de la cour ou peine prononcée par la cour ou relativement aux fonctions du tribunal. L'alinéa 37a) interdit aussi de tenter d'exercer une influence non autorisée sur un membre d'une cour martiale ou

court-martial in the evaluation and efficiency reports or when considering that person's suitability for promotion, assignment, chance for or retention within the military. He also states that in addition to this statutory protection against UCI, military appellate courts have willingly entertained allegations of UCI in the appellate review process.

[149] The RPD then summarizes the evidence on both sides of the argument and the member comes to the conclusion that he prefers Professor Hansen's evidence. Donald Rehkopf Jr., Professor Fidell, Professor Cohn and Kathleen Gilberd are all at odds with Professor Hansen over whether the U.S. military justice system is fair. They say it does not accord with the principles set out by the Supreme Court of Canada in *Généreux*. As Donald Rehkopf Jr. puts it, Professor Hansen's claims of significant checks and balances may look good on paper, but the reality of the U.S. court-martial system is that UCI continues to be a significant problem.

[150] The RPD then summarizes, at paragraphs 107–109, the arguments on both sides and comes to its conclusions on this issue:

The test for determining whether state protection is available in reviewing a country's judicial system is not that it conforms to the Canadian system or any other country's system, but whether the protection afforded by the system is adequate.

I prefer Professor [Hansen's] opinion to the others. He states that he has read Professor [Fidell's] affidavit and he has a great respect for him, however, this is an area where they disagree. Professor [Hansen] acknowledges the changes that occurred in Canada and the UK but he does not believe that the US system has to change just because the other countries have changed their systems. He analyzed the various factors in the US system, as outlined above, and finds that the system is still fair. The fact that the foreign system of justice does not comply with the Canadian system or the systems of other countries does not mean that the protection provided by that system is inadequate. For example, the criminal justice system in some countries is based on the inquisitorial model and not on an adversarial model. That does not mean that the system is

d'un tribunal. Selon l'alinéa 37b), il est interdit de commenter ou d'examiner le rendement au travail d'une personne en qualité de membre d'une cour martiale dans des rapports d'évaluation et du rendement, ou au moment de déterminer l'admissibilité d'une personne en vue d'une promotion, d'une affectation, d'une possibilité d'entrée dans l'armée ou d'un maintien en poste dans l'organisation. Il soutient aussi que, en plus de cette mesure de protection contre l'UCI, les cours d'appel militaires ont volontairement accueilli des allégations d'UCI dans le processus de contrôle des appels.

[149] La SPR résume ensuite la preuve des deux parties concernant cette question et le commissaire conclut qu'il privilégie le témoignage du professeur Hansen. Donald Rehkopf fils, le professeur Fidell, la professeure Cohn et Kathleen Gilberd sont tous en désaccord avec le professeur Hansen sur la question de l'équité du système de justice militaire américain. Ils affirment que ce système de justice n'est pas conforme aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Généreux*. Comme l'a déclaré Donald Rehkopf fils, les prétentions du professeur Hansen concernant des mesures de contrôle importantes peuvent sembler légitimes en théorie, mais dans la réalité du système de cours martiales aux États-Unis, l'UCI continue d'être un problème important.

[150] La SPR poursuit, aux paragraphes 107 à 109, avec un résumé des prétentions des deux parties et parvient à ses conclusions sur cette question :

Au cours de l'examen du système judiciaire d'un pays, pour évaluer s'il existe une protection de l'État, le critère applicable est celui de savoir si la protection offerte par le système est adéquate, et non celui de savoir si cette protection est conforme à celle offerte par le système canadien ou par le système de tout autre pays.

Je privilégie l'opinion du professeur [Hansen] à celle des autres. Il dit qu'il a lu l'affidavit du professeur [Fidell] et qu'il éprouve un grand respect envers lui. Toutefois, il s'agit d'un aspect sur lequel ils ne sont pas d'accord. Le professeur [Hansen] reconnaît les changements apportés par le Canada et le Royaume-Uni, mais il ne croit pas que des modifications doivent être apportées au système américain simplement parce que c'est ce qu'ont fait les autres pays. Il a analysé les divers facteurs liés au système américain, comme il a déjà été mentionné, et il estime que le système demeure équitable. Le fait que le système de justice étranger ne soit pas conforme à celui du Canada ou d'un autre pays ne veut pas dire que la protection offerte par ce système est inadéquate. Par exemple, le système de justice pénale de certains pays repose

inadequate, simply because it does not conform to the Canadian model or any other international model.

I find that the US military justice system would provide adequate protection for the claimant.

[151] The logic is difficult to follow here. Mr. Rehkopf and Professor Fidell, supported by Professor Cohn and Kathleen Gilberd, tell us, essentially, that the U.S. military justice system is unfair because it does not satisfy the principles of fairness set out by the Supreme Court of Canada in *Généreux*. Professor Hansen says that there are checks and balances that render it fair, but he does not say that it complies with *Généreux*. So it is not possible to understand what Professor Hansen means by fairness or what principles he is using to measure fairness. Professor Hansen is clear that the U.S. system is not like the Canadian or the U.K. systems, but he does not believe that the U.S. system has to change just because other countries have changed their system. He finds that the U.S. system is still fair, but it is not clear what he means by fairness and what standards he is using to measure fairness. For example, can a system that does not conform with *Généreux* principles be fair? The RPD does not answer this question. It says [at paragraph 107] that:

The test for determining whether state protection is available in reviewing a country's judicial system is not that it conforms to the Canadian system or any other country's system but whether the protection afforded by the system is adequate.

[152] Obviously, fairness must have something to do with adequacy, or the RPD would not need to embark upon this inquiry. So the logic is that the U.S. system is adequate because Professor Hansen says that, even though it does not conform with Canada's system and the *Généreux* principles, it is still fair. The other witnesses say it is inadequate because it is unfair, and it is unfair because it does not conform to *Généreux* principles. Relying upon Professor Hansen, the RPD says that

sur le modèle inquisitoire et non sur un modèle accusatoire. Cela ne signifie pas que le système est inadéquat simplement parce qu'il n'est pas conforme au modèle canadien ou à tout autre modèle international.

J'estime que le système de justice militaire des É.-U. assurerait une protection adéquate au demandeur d'asile.

[151] Cette logique est difficile à suivre. M. Rehkopf et le professeur Fidell, appuyés par la professeure Cohn et Kathleen Gilberd, nous disent essentiellement que le système de justice militaire américain est inéquitable parce qu'il ne répond pas aux principes d'équité énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Généreux*. Par ailleurs, selon le professeur Hansen, il existe des mesures de contrôle qui rendent le système équitable, mais il ne dit pas que le système respecte les principes énoncés dans l'arrêt *Généreux*. Il est donc difficile de comprendre ce que le professeur Hansen veut dire lorsqu'il parle d'équité ou les principes qu'il utilise pour évaluer l'équité. Le professeur Hansen déclare clairement que le système américain est différent du système canadien et du système britannique, mais il ne croit pas que le système américain doive être modifié simplement parce que d'autres pays ont changé leur système. Il conclut que le système américain est quand même équitable. Or, on ne sait pas vraiment ce qu'il entend par équité ni quelles sont les normes qu'il utilise pour mesurer l'équité. Par exemple, un système qui ne respecte pas les principes énoncés dans l'arrêt *Généreux* peut-il être équitable? La SPR répond à cette question comme suit [au paragraphe 107] :

Au cours de l'examen du système judiciaire d'un pays, pour évaluer s'il existe une protection de l'État, le critère applicable est celui de savoir si la protection offerte par le système est adéquate, et non celui de savoir si cette protection est conforme à celle offerte par le système canadien ou par le système de tout autre pays.

[152] De toute évidence, l'équité doit avoir un lien avec le caractère adéquat, sinon il ne serait pas nécessaire que la SPR entreprenne cette analyse. Le raisonnement est donc que le système américain est adéquat parce que le professeur Hansen dit que, même s'il n'est pas conforme au système du Canada et aux principes énoncés dans l'arrêt *Généreux*, il est quand même équitable. Les autres témoins déclarent qu'il est inadéquat parce qu'il est inéquitable et il est inéquitable parce qu'il ne

the U.S. system is adequate because it is still fair, and it is fair because ... ? We just do not know, unless the RPD is saying that it is fair because Professor Hansen thinks it is fair, and that is good enough for the RPD.

[153] It seems to me that if the RPD is going to reject using Canadian and international standards as a guide to what is adequate when it comes to the fairness of a justice system, then it needs to make it very clear what standards it is using to assess fairness and adequacy.

[154] It is noteworthy that neither Professor Hansen nor the RPD dispute that the U.S. military justice system does not conform to Canadian or internationally recognized fairness standards. The evidence before the RPD is that it clearly does not comply with such standards. The RPD's position is that failure to comply with such standards does not render state protection inadequate. In my view, this results in two reviewable errors. First of all, it means the decision lacks justification, transparency and intelligibility because it is not possible to ascertain what the RPD means by fairness in the U.S. system or why that fairness equates with adequacy when it obviously falls short of Canadian and international standards. In addition, I do not think the decision can be said to fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law because, as the applicant states, it is an error in law to conclude that a system which fails to meet basic fairness standards that are internationally recognized to be fundamental to any tribunal system can, nevertheless, provide adequate state protection.

[155] I also concur with and adopt as part of my reasons, the applicant's argument that:

The legislature has expressly indicated that decisions made under the *Act*—which would include assessments of state protection under sections 96 and 97—must be consistent with the *Charter*, and must comply with Canada's obligations under international

respecte pas les principes énoncés dans l'arrêt *Généreux*. S'appuyant sur le professeur Hansen, la SPR déclare que le système américain est adéquat parce qu'il est quand même équitable et il est équitable parce que [...] ? Nous ne le savons tout simplement pas, à moins que la SPR ne dise qu'il est équitable parce que le professeur Hansen estime qu'il l'est et que c'est suffisant pour la SPR.

[153] Il me semble que si la SPR rejette le recours aux normes canadiennes et internationales comme guide de ce qui est adéquat quant à l'équité d'un système de justice, elle doit indiquer clairement les normes qu'elle utilise pour en apprécier l'équité et le caractère adéquat.

[154] Il convient de noter que ni le professeur Hansen ni la SPR ne conteste le fait que le système de justice militaire américain ne respecte pas les normes d'équité canadiennes ou reconnues internationalement. Il ressort clairement des éléments de preuve dont disposait la SPR que le système ne respecte pas ces normes. Selon la position de la SPR, la non-conformité du système à ces normes ne rend pas la protection de l'État inadéquate. À mon avis, cela donne lieu à deux erreurs susceptibles de révision. Premièrement, cela signifie que la décision n'est pas justifiée, transparente et intelligible parce qu'il n'est pas possible de déterminer ce que veut dire la SPR lorsqu'elle parle d'équité dans le système américain ni la raison pour laquelle l'équité équivaut au caractère adéquat lorsque, de toute évidence, le système de justice américain n'est pas conforme aux normes canadiennes et internationales. En outre, j'estime qu'on ne peut dire que la décision appartient aux issues possibles acceptables qui peuvent se justifier au regard des faits et du droit. En effet, comme le demandeur le déclare, c'est commettre une erreur de droit que de conclure qu'un système non conforme aux normes d'équité de base reconnues internationalement comme étant fondamentales pour tout système de tribunaux peut néanmoins assurer une protection de l'État adéquate.

[155] De même, je fais mien et incorpore à mes motifs l'argument suivant du demandeur :

[TRADUCTION] Le législateur a expressément indiqué que les décisions rendues en vertu de la Loi, qui pourraient inclure des évaluations de la protection de l'État en vertu des articles 96 et 97, doivent être compatibles avec la Charte et doivent respecter

human rights instruments. Section 3 of the *Act* provides, in part, the following:

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

...

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

While section 3(3)(f) of the *IRPA* does not incorporate into Canadian law “international human rights instruments to which Canada is a signatory”, it does direct “that the *Act* must be construed and applied in a manner that complies with” these instruments.

It is submitted that an interpretation of “adequate” state protection, wherein “adequate” is permitted to fall *below* standards set out in international human rights instruments to which Canada is a signatory, is not an interpretation that would comply with these instruments. Therefore, the Board’s conclusion that a system that fails to meet the standards is nonetheless adequate, is unreasonable and contrary to section 3(3)(f) of the *Act*.

[156] I also agree with the applicant that the UNHCR Handbook itself makes it clear that in determining whether prosecution amounts to persecution, “national authorities may frequently have to take decisions by using their own national legislation as a yardstick” and that “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 State’s parties and are instruments to which many State’s parties to the 1951 Convention have acceded.” See UNHCR, chapter 2(d), paragraph 60. In the present case, the RPD has clearly disregarded these guidelines and principles.

[157] I further agree with the applicant that the RPD was unreasonable in preferring Professor Hansen’s position, given that he provides no acceptable standard of fairness against which to measure adequacy, and merely thinks that the Supreme Court of Canada and the international community are wrong about what is required of

les obligations du Canada en vertu des instruments internationaux portant sur les droits de l’homme. L’article 3 de la Loi prévoit en partie ce qui suit :

(3) Interprétation et mise en œuvre — L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet

[...]

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

Même si l’alinéa 3(3)f) de la LIPR n’incorpore pas dans le droit canadien les « instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire », il indique que « [l’]interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer » à ces instruments.

Le demandeur soutient qu’une interprétation de la protection de l’État « adéquate » qui permet que le caractère « adéquat » soit *inférieur* aux normes énoncées dans les instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire, n’est pas une interprétation qui serait conforme à ces instruments. Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle un système qui ne répond pas aux normes est néanmoins adéquat est déraisonnable et contraire à l’alinéa 3(3)f) de la Loi.

[156] Je suis également d’accord avec le demandeur pour dire que le Guide du HCNUR lui-même indique clairement que pour déterminer si une poursuite équivaut à de la persécution « les autorités nationales seront souvent amenées à prendre leur décision par référence à leurs propres lois nationales » et qu’« 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 ». Voir le Guide du HCNUR, chapitre 2d), au paragraphe 60. En l’espèce, la SPR a clairement ignoré ces lignes directrices et principes.

[157] Je suis de plus d’accord avec le demandeur que la SPR a été déraisonnable en privilégiant la position du professeur Hansen, étant donné qu’il ne fournit aucune norme d’équité acceptable pour mesurer le caractère adéquat et qu’il estime simplement que la Cour suprême du Canada et la communauté internationale ont tort à

a system to ensure basic fairness. I agree that there is no problem with the U.S. system merely because it is different from Canada's; the problem is that it fails to comply with basic fairness requirements found in Canadian (*Généreux*) and international law.

[158] Professor Fidell, on the other hand, gives a clear picture of the problem and the yardstick he is using to measure fairness and adequacy (at paragraphs 9, 11, 14, 24, 26, 28–31 and 35):

I have been asked to provide an affidavit that discusses structural and procedural aspects of the United States military justice system. In particular, I have been asked to address the independence and impartiality of that system, with particular reference to the independence of military justices, the selection of court-martial members, and the question of Unlawful Command Influence (UCI).

...

My experience as summarized above qualifies me to provide expert opinion evidence on these topics. I have been permitted to testify as an expert, either live or by affidavit, in several federal and state courts in the United States concerning issues of military law.

...

The independence of military judges in the United States is insufficiently protected and would not satisfy the test set out in *Généreux*.

...

Given the arrangements described in the preceding paragraphs, which sharply contrasted with the statutory five-year terms afforded by the *National Defense Act*, S.C. 1998, c. 35, s. 42, United States military judges and appellate military judges do not satisfy the security of tenure or criterion set forth in *Généreux* or prevailing international norms of military judicial independence.

...

The third *Généreux* criterion—institutional independence—also reveals a material disparity between the two countries' systems. In the United States, military judges are appointed by the JAG To the extent that the JAGs ultimately report to the senior uniformed commander of their service branch,

propos des qualités exigées d'un système pour qu'il soit fondamentalement équitable. Je conviens que le système américain ne pose pas problème uniquement parce qu'il est différent du système canadien. Le problème réside dans le fait qu'il ne répond pas aux exigences d'équité fondamentale du droit canadien (*Généreux*) et international.

[158] Pour sa part, le professeur Fidell décrit clairement le problème et le point de référence qu'il utilise pour mesurer l'équité et le caractère adéquat (aux paragraphes 9, 11, 14, 26, 28 à 31 et 35) :

[TRADUCTION] On m'a demandé de fournir un affidavit qui traite de la structure et de la procédure du système de justice militaire des États-Unis. Plus précisément, j'ai été invité à aborder les questions de l'indépendance et de l'impartialité du système, et surtout de l'indépendance des juges militaires, de la sélection des membres de la cour martiale et de la question de l'influence indue de la chaîne de commandement (UCI).

[...]

En raison de mon expérience, résumée ci-dessus, je suis compétent pour fournir une preuve d'expert sur ces sujets. J'ai été autorisé à témoigner en qualité d'expert, soit en personne, soit par affidavit, devant plusieurs cours fédérales et d'État aux États-Unis sur des questions de droit militaire.

[...]

L'indépendance des juges militaires aux États Unis n'est pas suffisamment protégée et ne satisferait pas au critère établi dans *Généreux*.

[...]

Compte tenu des mesures décrites dans les paragraphes qui précèdent, qui contrastent vivement avec les mandats de cinq ans que prévoit la *Loi sur la Défense nationale*, L.C. 1998, ch. 35, article 42, les juges militaires et les juges militaires de la cour d'appel ne répondent pas au critère de l'inamovibilité énoncé dans *Généreux* ni aux normes d'indépendance judiciaire militaire en vigueur à l'échelle internationale.

[...]

Le troisième critère établi dans *Généreux*, à savoir l'indépendance institutionnelle, révèle aussi une différence importante entre le système des deux pays. Aux États-Unis, les juges militaires sont nommés par le JAG [...] Dans la mesure où les JAG relèvent en fin de compte du cadre supérieur

this arrangement does not provide institutional independence from the chain of command.

...

The selection process for court-martial members is structurally inadequate to ensure full independence and impartiality.

Under the UCMJ, the role of jurors is played by the members. Those selected by the convening authority (“CA”) ... The selection is often influenced by the CA’s legal advisor (known as the staff (or command) judge advocate), but ultimately the decision must be the CA’s. The CA is not required to be, and typically is not, an attorney, much less a certified military judge. He or she is also responsible for deciding what charges are prosecuted and to which level of court-martial a case is referred, and for reviewing and approving or disapproving the proceedings after the trial has been conducted.

Far from being independent of command, the member-selection process is intrinsically a function of command. The United States arrangement may be traced back to the British Articles of War. It has been criticized repeatedly over the years.

Quite obviously, the United States system for the detail of court-martial members by the CA would not pass muster in light of the first aspect of the Généreux criterion. Nor would it satisfy the requirements of the European Convention on Human Rights as articulated in *Findlay v United Kingdom*, [1997] ECHR 8, 24 EHRR 221.

...

For the foregoing reasons, and without prejudice to the improvements it has experienced over the last half-century, it is doubtful that the United States military justice system can be sustained if it were tested against contemporary Canadian or international norms. [Emphasis added.]

[159] In the end, I do not think the RPD has found a way out of the mistakes it made in *Vassey*. It has simply, in the face of a plethora of principled evidence to the contrary, grasped at the straw offered by Professor Hansen which, in my view, offered nothing more than a personal opinion unconnected to any coherent principle of fairness and adequacy and which attempts to defend a U.S. military justice system that, on the evidence before me and the RPD, appears to be outdated and sadly at odds with Canadian and international norms.

militaire de leur secteur, cet arrangement ne permet pas l’indépendance institutionnelle de la chaîne de commandement.

[...]

Le processus de sélection des membres de la cour martiale est structurellement inadéquat pour assurer une indépendance et une impartialité complètes.

En vertu de l’UCMJ, les membres jouent le rôle de jurés. Ils sont choisis par l’autorité convocatrice (AC) [...] Il arrive souvent que le conseiller juridique de l’AC (appelé le juge-avocat de l’état-major) influe sur la sélection, mais la décision revient ultimement à l’autorité convocatrice. Il n’est pas nécessaire que l’AC soit un avocat et encore moins un juge militaire agréé. L’AC est aussi chargée de déterminer quelles accusations seront portées et à quel palier de la cour martiale seront instruits les cas, ainsi que d’examiner et d’approuver ou de désapprouver la procédure après le procès.

Loin d’être indépendante du commandement, le processus de la sélection des membres est une fonction qui est liée de manière intrinsèque au commandement. Le système américain remonte à l’époque des British Articles of War. Il a fait l’objet de nombreuses critiques au cours des années.

De toute évidence, en ce qui concerne la désignation des membres des cours martiales par l’AC, le système des États-Unis ne serait pas acceptable à la lumière du premier aspect du critère énoncé dans Généreux. Il ne répondrait pas non plus aux exigences de la Convention européenne sur les droits de l’homme formulées dans *Findlay c United Kingdom*, [1997] CEDH 8, 24 RCEDH 221.

[...]

Pour les motifs qui précèdent, et sous toute réserve des améliorations qui ont été apportées au cours des 50 dernières, le système de justice militaire des États-Unis ne pourrait probablement pas être considéré comme équitable s’il devait être évalué au regard des normes canadiennes ou internationales contemporaines. [Non souligné dans l’original.]

[159] Au bout du compte, j’estime que la SPR n’a pas trouvé une façon d’éviter les erreurs qu’elle a commises dans la décision *Vassey*. Malgré la pléthore d’éléments de preuve fondés sur des principes à l’effet contraire, elle s’est désespérément raccrochée au point de vue du professeur Hansen. Or, à mon avis, ce point de vue ne constituait rien de plus qu’une opinion personnelle qui ne se rattachait à aucun principe relatif à l’équité et au caractère suffisant et qui tentait de défendre le système de justice militaire américain qui, selon la preuve dont

je dispose et dont disposait la SPR, semble dépassé et malheureusement aux antipodes des normes canadiennes et internationales.

Differential punishment

[160] In *Vassey*, at paragraphs 77–81, Justice Scott provided the following guidance to the RPD on disproportionate prosecution:

The applicant argued before the (*sic*) 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.

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.

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.

Paragraph 169 of the UNCHR handbook indicates that:

Peine différente

[160] Dans la décision *Vassey*, aux paragraphes 77 à 81, le juge Scott a fourni à la SPR les orientations suivantes concernant le traitement différent :

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 bénéficiaient 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.

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.

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 de poursuivre. La Commission conclut que le système de justice bénéficiait de ce pouvoir discrétionnaire et que son exercice était approprié en présence de facteurs aggravants.

Le paragraphe 169 du Guide des procédures du HCNUK indique que :

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.

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.

[161] As in *Vassey*, the applicant in the present case asserted that he would be disproportionately punished if sent back to the U.S. because of his publicly expressed political opinions against the wars in Iraq and Afghanistan, and he relied upon paragraph 169 of the UNHCR Handbook.

[162] Essentially, the RPD's answer to this issue is found in paragraphs 112–114 of the decision:

In regard to prosecution, prosecutors in a criminal justice system are given discretion as to the individuals who should be charged and the crimes with which they should be charged. In reviewing prosecutorial discretion the Supreme Court of Canada stated that:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of an indictment or summary conviction, launch an appeal and so on. It is accepted that this discretion benefits the justice system. Prosecutors are not obliged to provide reasons for their decisions.

I accept the evidence of [Bridget Wilson] and a further affidavit of [Donald G. Rehkopf] stating that Unlawful Command Influence cannot be used as a defence against alleged differential prosecution. However, in deciding whether

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.

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.

[161] Tout comme dans la décision *Vassey*, le demandeur en l'espèce a soutenu qu'une peine disproportionnée lui serait imposée s'il était renvoyé aux États-Unis en raison du fait qu'il a exprimé ses opinions politiques publiquement à l'encontre des guerres en Iraq et en Afghanistan. Le demandeur s'est aussi appuyé sur le paragraphe 169 du Guide du HCNUR.

[162] La réponse de la SPR à cette question se trouve essentiellement aux paragraphes 112 à 114 de la décision :

Pour ce qui est des poursuites, les procureurs du système de justice pénale se voient accorder le pouvoir discrétionnaire quant aux personnes qui devraient être accusées et aux crimes pour lesquels elles devraient être accusées. Dans son examen du pouvoir de poursuite discrétionnaire, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit :

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc. Il est reconnu que ce pouvoir discrétionnaire est favorable au système judiciaire. Les procureurs ne sont pas tenus de motiver leurs décisions.

J'accepte le témoignage de [Bridget Wilson] ainsi qu'un autre affidavit de [Donald G. Rehkopf] selon lequel l'influence indue de la chaîne de commandement ne peut être invoquée en défense contre un supposé traitement différent. Toutefois,

the presumption of state prosecution has been rebutted because of differential prosecution, the standard of proof is on a balance of probabilities. The affidavits and statements provided by various individuals who have been court-martiled (*sic*) for desertion offences as well as media reports and expert reports or affidavits are referred to in submissions about persecution based on political opinion and dealt with later in this decision. The fact that there may not be a formal mechanism to review prosecutorial discretion in the US military justice system does not lead to a conclusion, on a balance of probabilities, that there is inadequate state protection. As pointed out in the above Supreme Court of Canada case, the discretion of the prosecution is part of the criminal justice system. [Footnotes omitted.]

[163] It seems to me that this entirely misses the point of the applicant's argument. His concern was not the use of discretion *per se*, but the fact that the U.S. military justice system has no mechanism to protect someone when prosecutorial discretion is exercised in a biased and inappropriate way because of their political opinions. The RPD appears to acknowledge in paragraph 114 of the decision, that "there may not be a formal mechanism to review prosecutorial discretion in the US military justice system". Having conceded this fact, the RPD does not address how the applicant would be protected against the misuse of that discretion, or how a criminal justice system can be adequate if there is no review of prosecutorial discretion. In this regard, the RPD has not learned the lessons of *Vassey*.

[164] The RPD also reviews some of the evidence put forward by the applicant regarding similarly situated persons who received a differential punishment for speaking out against the wars in Iraq and Afghanistan. The RPD's conclusion on this point, at paragraph 162 of the decision, is as follows:

I cannot find that, on a balance of probabilities, the differences in sentences for absence offenses between the individuals who spoke out against the wars and those who did not, are

au moment de décider si la présomption relative à la protection de l'État a été réfutée en raison d'un traitement différent, la norme de preuve est celle de la prépondérance des probabilités. Les affidavits et les déclarations fournis par diverses personnes qui ont été traduites en cour martiale pour désertion ainsi que les rapports sur les médias et les rapports ou affidavits d'experts sont mentionnés dans les observations sur la persécution fondée sur les opinions politiques, et ils seront traités plus loin dans la présente décision. Le fait qu'il n'existe peut-être pas de mécanisme officiel d'examen du pouvoir de poursuite discrétionnaire au sein du système de justice militaire américain ne permet pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'existe pas de protection de l'État adéquate. Comme il a été souligné dans la décision susmentionnée de la Cour suprême du Canada, le pouvoir de poursuite discrétionnaire fait partie intégrante du système de justice pénale. [Notes en bas de page omises.]

[163] Il me semble que ce qui précède passe complètement à côté de la prétention du demandeur. Sa préoccupation n'était pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire en soi, mais le fait que le système de justice militaire américain ne comporte aucun mécanisme pour protéger une personne lorsque le pouvoir discrétionnaire du poursuivant est exercé de façon partielle et inappropriée en raison de ses opinions politiques. Au paragraphe 114 de la décision, la SPR semble reconnaître « qu'il n'existe peut-être pas de mécanisme officiel d'examen du pouvoir de poursuite discrétionnaire au sein du système de justice militaire américain ». Après avoir reconnu ce fait, la SPR ne traite pas de la façon dont le demandeur serait protégé contre l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, ni de la façon dont le système de justice criminelle peut être adéquat s'il n'existe aucun mécanisme d'examen du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. À cet égard, la SPR n'a pas retenu les enseignements de la décision *Vassey*.

[164] La SPR a aussi examiné certains éléments de preuve présentés par le demandeur concernant des personnes se trouvant dans une situation semblable et qui ont reçu une peine différente pour s'être exprimées publiquement à l'encontre des guerres en Iraq et en Afghanistan. La conclusion de la SPR sur ce point est présentée au paragraphe 162 de la décision :

Je ne peux conclure que, selon la prépondérance des probabilités, les peines infligées pour des infractions relatives à l'absence aux personnes qui se sont prononcées contre les

disproportionately severe. I cannot find that on a balance of probabilities, that there is inadequate state protection based on differential prosecution and/or punishment. The claimant has not rebutted the presumption of state protection. Again, on the same evidence, if I am incorrect in my decision on state protection, I find that on the same evidence, the claimant does not come within section 169 of the *UNHCR Handbook* since any sentence he would receive for an absence offence would not be disproportionately severe.

[165] In order to reach this conclusion, the RPD, at paragraphs 155 and 156 of the decision, made a brief comparison of sentences received by those who did speak out and persons who the RPD finds did not speak out:

[Camilo Mejia] was sentenced to 12 months confinement and his actual prison time was 9 months. [Stephen Funk] received a sentence of 6 months confinement. [Kevin Benderman] was sentenced to 15 months confinement and served 13 months. [Agustin Aguayo] served 7 months. [Ivan Brobeck] was sentenced to 8 months in a Marine prison. [James Burmeister] was sentenced to 9 months imprisonment and he served 3 months and 10 days. [Robin Long] was sentenced to 15 months and he served 12 months. [Cliff Cornell] was sentenced to one year, but that was later reduced to 11 months.

Other sentences submitted by the Minister that were given to “Iraq War Resisters” are [Abdullah William Webster], 14 months imprisonment and 11 months served. [Ryan Jackson], 100 days imprisonment. [Tony Anderson], 14 months imprisonment. There is no persuasive evidence that these individuals publicly voiced any objections to the war. [Footnotes omitted.]

[166] As the applicant points out, there was cogent evidence before the RPD that directly contradicted these findings:

a. There was clear evidence that Ryan Jackson and Tony Anderson were vocal opponents of the wars in Iraq and Afghanistan. There was information about the court martial of Tony Anderson in a public article. See applicant’s record, pages 521–524 and 636–647;

guerres et à celles qui ne l’ont pas fait différent disproportionnellement. Je ne peux conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’existe pas de protection adéquate sur le fondement d’un traitement différent en matière de sanctions. Le demandeur d’asile n’a pas réfuté la présomption relative à la protection de l’État. Encore une fois, à la lumière de la même preuve, et dans l’hypothèse où ma conclusion concernant la protection de l’État serait incorrecte, je conclus que le demandeur d’asile n’est pas visé à l’article 169 du Guide du HCR, puisque toute peine qu’il se verrait infliger pour une infraction relative à l’absence ne serait pas disproportionnellement sévère.

[165] Pour arriver à cette conclusion, la SPR a brièvement comparé, aux paragraphes 155 et 156, les peines imposées à ceux qui se sont exprimés publiquement et aux personnes qui, selon elle, ne l’ont pas fait :

[Camilo Mejia] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 12 mois, et le temps réel qu’il a passé en prison a été de 9 mois. [Stephen Funk] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 6 mois. [Kevin Benderman] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 15 mois et il a purgé une peine de 13 mois. [Agustin Aguayo] a purgé une peine de 7 mois. [Ivan Brobeck] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 8 mois dans une prison réservée aux Marines. [James Burmeister] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 9 mois, et il a purgé 3 mois et 10 jours. [Robin Long] a été condamné à une peine d’emprisonnement de 15 mois et il a purgé 12 mois. [Cliff Cornell] a été condamné à une peine d’un an, qui a par la suite été réduite à 11 mois.

Le ministre a présenté d’autres cas où des peines ont été infligées à des [TRADUCTION] « résistants à la guerre en Iraq » : [Abdullah William Webster] s’est vu infliger une peine d’emprisonnement de 14 mois, et il a purgé 11 mois. [Ryan Jackson] s’est vu infliger une peine d’emprisonnement de 100 jours, et [Tony Anderson], une peine d’emprisonnement de 14 mois. Il n’existe aucun élément de preuve convaincant montrant que ces personnes ont déclaré publiquement qu’elles s’opposaient à la guerre. [Notes en bas de page omises.]

[166] Comme le souligne le demandeur, la SPR disposait d’éléments de preuve convaincants qui contredisaient directement ces conclusions :

a. La preuve établissait clairement que Ryan Jackson et Tony Anderson s’étaient ouvertement déclaré contre les guerres en Iraq et en Afghanistan. Un article public présentait des renseignements concernant le procès en cour martiale de Tony Anderson (voir le dossier du demandeur, aux pages 521 à 524 et 636 à 647).

b. There is the Wikipedia chart referred to by the RPD, which clearly states that Mr. Anderson, Mr. Jackson and Abdullah William Webster were publicly associated with objections to the wars;

c. There was the evidence of Professor Cohn and Ms. Gilberd that deserters are more likely to be selected for prosecution if they publicly express their opposition to the war in Iraq;

d. There was also the statement from Attorney Eric Seitz that even sincere conscientious objectors against the wars in Iraq and Afghanistan have been “subjected to severe punishments, including lengthy periods of incarceration”.

[167] This information is directly contrary to the RPD’s findings, and it should have been referenced and dealt with. It was either overlooked or ignored. Either way, it renders the RPD’s conclusions on differential punishment unreasonable. Once again, the lessons of *Vassey* appeared to have been ignored by the RPD.

Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[168] As an alternative to its adequate state protection finding, the RPD found [at paragraph 61] that the “military actions the claimant objected to, do not come within sections 169 and 171 of the *UNHCR Handbook*.”

[169] As regards paragraph 171, the RPD concludes, at paragraphs 145–148 of the decision, as follows:

The actions of various officers and other individuals may have been isolated incidents but as in the Abu Ghraib matter there is no persuasive evidence that any acts in Afghanistan that would come within Section 171 of the *UNHCR Handbook* were condoned by the USA or were systematic or that the USA as a matter of policy or practice is indifferent to alleged violations of international human rights law in Afghanistan.

b. Il y a le tableau de Wikipedia mentionné par la SPR qui indique clairement que M. Anderson, M. Jackson et Abdullah William Webster étaient publiquement associés à l’opposition aux guerres.

c. Selon la preuve présentée par la professeure Cohn et de M^{me} Gilberd, les déserteurs étaient plus susceptibles d’être choisis comme cibles de poursuites s’ils exprimaient publiquement leur opposition à la guerre en Iraq.

d. Il y avait également la déclaration de l’avocat Eric Seitz selon laquelle même des objecteurs de conscience sincères s’opposant aux guerres en Iraq et en Afghanistan ont [TRADUCTION] « fait l’objet de peines sévères, notamment de longues périodes d’incarcération ».

[167] Ces renseignements contredisent directement les conclusions de la SPR et ils auraient dû être mentionnés et traités. Ils ont été écartés ou ignorés. Quoi qu’il en soit, les conclusions de la SPR sur la peine différente étaient déraisonnables en raison de ses renseignements. Encore une fois, la SPR semble avoir ignoré les enseignements de la décision *Vassey*.

Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[168] Après sa conclusion concernant la protection de l’État adéquate, la SPR a conclu [au paragraphe 61] de façon subsidiaire que « les actions militaires auxquelles s’oppose le demandeur d’asile ne tombent pas sous le coup des articles 169 et 171 du Guide du HCR ».

[169] En ce qui a trait au paragraphe 171, la SPR conclut comme suit aux paragraphes 145 à 148 de la décision :

Les actes de divers officiers et d’autres personnes peuvent n’être que des incidents isolés, mais comme dans le cas de la prison d’Abu Ghraib, il n’existe aucun élément de preuve convaincant montrant que des actes commis en Afghanistan qui pourraient être visés à l’article 171 du Guide du HCR ont été tolérés par les É.-U., qu’ils étaient systématiques ou que les É.-U., par principe ou en pratique, n’accordent pas d’importance aux présumées violations du droit international des droits de la personne commises en Afghanistan.

I find that the claimant has failed to establish that he has been associated with or been complicit in military action, condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct. He has not shown that the USA has, either as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of humanitarian law.

I cannot find that, on a balance of probabilities, that the United States would not allow the claimant to raise in his defence, for refusal to obey an order, that the matter fell within Section 171 of the UNHCR Handbook as it would be a crime as outlined in the [Huet-Vaughn] case.

I find that the claimant has not rebutted the presumption of state protection on this basis and if I am incorrect in that conclusion I cannot find, on the same evidence, that, on a balance of probabilities, the United States as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of humanitarian law that would bring the claimant within Section 171 of the UNHCR Handbook.

[170] One of the fundamental problems with the RPD's approach on this issue is that it assesses the applicant's personal experiences as isolated incidents that were not condoned by the USA and were not systemic, or a matter of policy, while completely ignoring the objective documentary evidence that confirms that the opposite is true.

[171] The applicant submitted voluminous documentary evidence from credible, third-party sources such as Amnesty International that discuss routine and authorized military practices in Iraq and Afghanistan by the U.S. Army that describe conduct falling under paragraph 171, and which suggest that the U.S. has not complied with its international obligations in this regard. The RPD simply ignores this evidence.

[172] Furthermore, the applicant's personal testimony was that these were routine practices by the U.S. Army. Yet the RPD found that these were isolated occurrences,

J'estime que le demandeur d'asile n'a pas établi qu'il a été associé à des actions militaires, ou qu'il a été complice de telles actions condamnées par la communauté internationale comme étant contraires aux règles de conduite les plus élémentaires. Il n'a pas démontré que les É.-U., que ce soit par une politique délibérée ou par l'indifférence des autorités, ont exigé de leurs combattants qu'ils commettent des actions généralisées de violation du droit humanitaire ou les y ont autorisés.

Je ne peux conclure que, selon la prépondérance des probabilités, les É.-U. ne permettraient pas au demandeur d'asile d'invoquer, pour sa défense, pour avoir refusé d'obéir à un ordre, que la question était visée à l'article 171 du Guide du HCR, étant donné qu'il s'agirait d'un crime comme il est précisé dans l'affaire [Huet-Vaughn].

J'estime que le demandeur d'asile n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État pour ce motif, et dans l'hypothèse où ma conclusion serait incorrecte, je ne peux conclure, à la lumière de la même preuve et selon la prépondérance des probabilités, que les É.-U., que ce soit par une politique délibérée ou par l'indifférence des autorités, ont exigé de leurs combattants qu'ils commettent des actions généralisées de violation du droit humanitaire ou les y ont autorisés, faisant en sorte que le demandeur d'asile serait visé à l'article 171 du Guide du HCR.

[170] Un des problèmes fondamentaux que suscite l'approche de la SPR sur cette question est qu'elle évalue les expériences personnelles du demandeur comme étant des incidents isolés qui n'étaient pas tolérés par les États-Unis et qui n'étaient pas systémiques, ni une question de politique, tout en ignorant complètement la preuve documentaire objective qui confirme la véracité de la situation opposée.

[171] Le demandeur a présenté une preuve documentaire volumineuse provenant de sources indépendantes crédibles, comme Amnistie internationale, qui discute des pratiques militaires courantes autorisées par l'armée américaine en Iraq et en Afghanistan. Cette preuve décrit une conduite tombant sous le coup du paragraphe 171 et indique que les États-Unis n'ont pas respecté leurs obligations internationales à cet égard. La SPR ignore simplement cette preuve.

[172] De plus, selon le témoignage du demandeur lui-même, il s'agissait de pratiques courantes de la part de l'armée américaine. La SPR a toutefois conclu qu'il

without any explanation as to why it rejected the applicant's evidence on this point.

[173] The RPD also appears to have misunderstood the law regarding the defences available against a desertion charge in the U.S. military [at paragraph 147]:

I cannot find that, on a balance of probabilities, that the United States would not allow the claimant to raise in his defence, for refusal to obey an order, that the matter fell within Section 171 of the UNHCR Handbook as it would be a crime as outlined in the [Huet-Vaughn] case.

[174] This issue was dealt with in *Vassey*, at paragraphs 68, 69 and 74, which the RPD, in this case, claims to have reviewed and taken into account.

[175] The issue was also dealt with by Justice Barnes in *Key*, at paragraphs 29 and 30.

[176] In its reasons, the RPD appears to agree with the applicant that he would not be able to put forward a defence under paragraph 171 of the UNHCR Handbook against a charge of desertion. As *Vassey* teaches [at paragraph 75], this state of the law of the U.S. "goes directly to the availability of state protection." Yet the RPD concludes that the applicant has failed to rebut the presumption of adequate state protection.

[177] The applicant had argued—as acknowledged in paragraph 134 of the decision—that if he was given an unlawful order, he would only be able to submit a defence if he had been ordered to commit a crime or a war crime, and not to conduct one that falls below this threshold, but comes within paragraph 171 of the UNHCR Handbook. In paragraph 147 of the decision, the RPD appears to reject this position.

[178] Given the teaching in *Vassey*, at paragraph 74, this finding, and the state protection analysis based upon it seems unreasonable to me. The RPD essentially agreed with the facts that the applicant put forward, but

s'agissait d'incidents isolés, sans aucunement expliquer la raison pour laquelle elle a rejeté le témoignage du demandeur sur ce point.

[173] La SPR semble aussi avoir mal compris le droit concernant les moyens de défense qui peuvent être opposés à une accusation de désertion dans l'armée américaine [au paragraphe 147] :

Je ne peux conclure que, selon la prépondérance des probabilités, les É.-U. ne permettraient pas au demandeur d'asile d'invoquer, pour sa défense, pour avoir refusé d'obéir à un ordre, que la question était visée à l'article 171 du Guide du HCR, étant donné qu'il s'agirait d'un crime comme il est précisé dans l'affaire [Huet-Vaughn].

[174] La décision *Vassey* a traité de cette question aux paragraphes 68, 69 et 74, que la SPR en l'espèce prétend avoir examinés et pris en compte.

[175] Dans la décision *Key*, le juge Barnes a également traité de la question aux paragraphes 29 et 30.

[176] Dans ses motifs, la SPR semble convenir avec le demandeur qu'il ne serait pas en mesure d'opposer un moyen de défense fondé sur le paragraphe 171 du Guide du HCNUR à une accusation de désertion. Comme l'enseigne la décision *Vassey* [au paragraphe 75], cet état du droit des États-Unis « touche directement à l'existence de la protection de l'État ». La SPR conclut néanmoins que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État adéquate.

[177] Le demandeur avait soutenu, comme en fait foi le paragraphe 134 de la décision, que s'il avait reçu un ordre illégal, il serait uniquement en mesure de présenter un moyen de défense s'il avait reçu l'ordre de commettre un crime ou un crime de guerre, et non de commettre une action qui se situait au-dessous de ce critère, mais qui était visée par le paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Au paragraphe 147 de la décision, la SPR semble rejeter cette position.

[178] Compte tenu de l'enseignement donné au paragraphe 74 de la décision *Vassey*, cette conclusion, ainsi que l'analyse relative à la protection de l'État qui est fondée sur elle, me semble déraisonnable. La SPR a

then opted to ignore what the Court had to say on the issue in *Vassey*.

[179] The respondent has argued that the motive for desertion can be brought up in sentencing and so it will not undermine state protection in the way suggested by the applicant. However, this was not a part of the RPD's analysis of the issue, so it cannot now be used to defend the decision.

Conclusions

[180] For the reasons given above, I have to conclude that the decision is unreasonable and must be returned for reconsideration.

[181] Both parties agree that there is no question for certification and the Court concurs.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is allowed. The decision is quashed and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted RPD.
2. There is no question for certification.

essentiellement reconnu les faits que le demandeur a présentés, mais a alors choisi d'ignorer ce que la Cour avait dit sur la question dans la décision *Vassey*.

[179] Le défendeur a soutenu que le motif de la désertion peut être soulevé lors de la détermination de la peine et qu'il ne minera ainsi pas la protection de l'État de la façon dont l'a indiqué le demandeur. Cette prétention ne faisait toutefois pas partie de l'analyse de la SPR relativement à cette question et elle ne peut donc pas maintenant être utilisée pour défendre la décision.

Conclusions

[180] Pour les motifs qui précèdent, je dois conclure que la décision est déraisonnable et qu'elle doit être renvoyée pour nouvel examen.

[181] Les deux parties conviennent qu'il n'y a pas de question à certifier et la Cour est du même avis.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT suivant :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée à un tribunal de la SPR différemment constitué pour que celui-ci procède à un nouvel examen.
2. Il n'y a aucune question à certifier.