

IMM-2168-05
2006 FC 420

IMM-2168-05
2006 CF 420

Jeremy Hinzman (a.k.a. Jeremy Dean Hinzman), Liam Liem Nguyen Hinzman (a.k.a. Liam Liem Ngyue Hinzman) and Nga Thi Nguyen (Applicants)

Jeremy Hinzman (alias Jeremy Dean Hinzman), Liam Liem Nguyen Hinzman (alias Liam Liem Ngyue Hinzman) et Nga Thi Nguyen (demandeurs)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)

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

INDEXED AS: HINZMAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : HINZMAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, February 8; Ottawa, March 31, 2006.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 8 février; Ottawa, 31 mars 2006.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection — Principal applicant American soldier deserting U.S. Army after unit deployed to Iraq, convinced American-led military action there illegal — Board not erring in refusing to admit evidence regarding legality of American military action in Iraq, as irrelevant to applicants' refugee claims — Interpretation of UNHCR Handbook, para. 171 — Case law on refugee protection reviewed — No merit to contention applicant's participation in Iraq war, would have made him complicit in crime against peace, should thus be afforded protection offered by Handbook, para. 171 — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger — Le demandeur principal est un soldat américain qui a déserté lorsque son unité a été envoyée se battre en Irak parce qu'il croyait que l'action militaire menée par les Américains dans ce pays était illégale — La Commission n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a refusé d'admettre les éléments de preuve touchant la légalité de l'action militaire américaine en Irak parce que ces éléments n'étaient pas pertinents eu égard aux demandes d'asile présentées par les demandeurs — Interprétation du par. 171 du Guide du HCNUR — Examen de la jurisprudence relative à la protection des réfugiés — L'argument selon lequel le demandeur aurait été, s'il avait participé à la guerre en Irak, complice d'un crime contre la paix et devrait donc bénéficier de la protection prévue par le par. 171 du Guide était mal fondé — Demande rejetée.

International Law — Board finding evidence did not establish breaches of international humanitarian law committed by American soldiers in Iraq systematic, condoned by State — UNHCR, para. 171 making refugee protection available to individuals breaching domestic laws of general application if compliance with latter result in individual violating accepted international norms — Direct participation, complicity in military actions in violation of international humanitarian law bringing refugee claimant within exception contemplated by para. 171 — As mere foot-soldier, applicant could not be held responsible for breach of international law committed by United States in going to Iraq.

Droit international — La Commission a jugé que les éléments de preuve ne démontraient pas que les violations du droit humanitaire international commises par les soldats américains en Irak étaient systématiques ou tolérées par l'État — Le par. 171 du Guide du HCNUR a pour effet d'accorder la protection à titre de réfugié aux personnes qui violent les lois nationales d'application générale si le respect de ces lois amène l'individu concerné à violer les normes internationales généralement acceptées — Le fait de participer directement à des actions militaires qui constituent des violations du droit humanitaire international, ou d'en être complice, rend l'exception envisagée par le par. 171 applicable au demandeur d'asile — À titre de simple fantassin, le demandeur ne pouvait se voir imputer les violations du droit international commises par les États-Unis lorsqu'ils ont décidé d'intervenir en Irak.

Armed Forces — Applicant deserting U.S. Army as objecting to war in Iraq — Canada not according members of own armed forces latitude to object to specific wars — No generally accepted right to conscientious objection on grounds advanced by applicants — Nothing inherently persecutory in American system — Ordinary foot-soldier such as applicant not expected to make own personal assessment as to legality of conflict in which may be called upon to fight — No internationally recognized right to object to particular war, other than in circumstances identified in UNHCR Handbook, para. 171.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Freedom of thought, conscience and religion fundamental rights well recognized in international law — No internationally recognized right to total, partial conscientious objection — Each State to decide how much value should be attributed to fundamental right to freedom of conscience.

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection. The male applicant is an American soldier who deserted the United States Army after his unit was deployed to fight in Iraq, because of his strong moral objections to the war in Iraq and his belief that the American-led military action in that country was illegal. He enlisted in the United States Army in November 2000, for a four-year term of service. Even though he excelled in his military training, the concerns about killing that the applicant had started to develop in basic training had continued to grow, as he explored a world view framed by Buddhist teachings, which resulted in a deepening of his religious beliefs. In August 2002, the applicant sought reassignment to non-combatant duties as conscientious objector. He went with his unit to Afghanistan where he was assigned kitchen duties. Upon his return to the United States in July 2003, the applicant resumed his normal duties as infantryman. In December 2003, the applicant was told that his unit was to be deployed to Iraq the next month. He decided not to fight in Iraq because, in his view, the American military action in that country was illegal, and opted to desert. He arrived in Canada with his family in January 2004, and they filed applications for refugee status. The family members claimed refugee protection, asserting that they had a well-founded fear of persecution in the United States, based upon the applicant's political opinion.

Forces armées — Le demandeur a déserté l'armée américaine pour s'opposer à la guerre en Irak — Le Canada n'accorde pas aux membres de ses propres forces armées la possibilité de s'opposer à des guerres particulières — Il n'existe pas de droit généralement accepté de soulever une objection de conscience pour les motifs avancés par les demandeurs — Le système américain ne constitue pas, par sa nature, de la persécution — On ne s'attend pas à ce qu'un simple fantassin comme le demandeur se prononce personnellement sur la légalité du conflit dans lequel il peut être amené à se battre — Le droit de s'opposer à une guerre particulière n'est pas reconnu internationalement, sauf dans les circonstances précisées au par. 171 du Guide du HCR.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Les libertés de pensée, de conscience et de religion sont des droits fondamentaux reconnus par le droit international — Il n'existe pas de droit reconnu internationalement à l'objection de conscience totale ou partielle — Chaque État fixe lui-même la valeur qu'il convient d'accorder au droit fondamental à la liberté de conscience.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger. Le demandeur est un soldat américain qui a déserté l'armée américaine lorsque son unité a été envoyée se battre en Irak parce qu'il s'opposait pour des raisons morales à la guerre en Irak et qu'il croyait que l'action militaire menée par les Américains dans ce pays était illégale. Il s'était enrôlé dans l'armée des États-Unis en novembre 2000 et avait choisi de servir pendant quatre ans. Malgré les excellents résultats qu'il a obtenus au cours de sa formation militaire, le demandeur était de plus en plus préoccupé par le fait de tuer, ce à quoi il avait commencé à réfléchir pendant sa formation de base, parce qu'il s'intéressait à une conception du monde inspirée des enseignements bouddhistes, ce qui a eu pour effet de renforcer ses croyances religieuses. En août 2002, le demandeur a demandé d'être affecté à des tâches de non-combattant à titre d'objecteur de conscience. Il s'est donc rendu avec son unité en Afghanistan, où il a été affecté à des tâches de cuisine. À son retour aux États-Unis en juillet 2003, le demandeur a repris ses tâches normales de fantassin. En décembre 2003, le demandeur a appris que son unité serait envoyée en Irak le mois suivant. Il a décidé de ne pas aller se battre en Irak parce qu'il estimait que l'action militaire américaine dans ce pays était illégale et il a préféré désertier. Il est arrivé au Canada avec sa famille en janvier 2004 et ils ont demandé le statut de réfugié. Les membres de la famille ont demandé l'asile, soutenant qu'ils craignaient avec raison d'être persécutés aux États-Unis du fait des opinions politiques du demandeur.

The Immigration and Refugee Board determined that the legality of the American military action in Iraq was not relevant to the question of whether it was “the type of military action” which is “condemned by the international community, as contrary to basic rules of human conduct”, within the meaning of paragraph 171 of the United Nations High Commission 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*. Paragraph 171 of the Handbook provides that where 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. The Board refused to admit the evidence regarding the legality of the American military action in Iraq, ruling that this evidence was irrelevant to the applicants’ refugee claims. It found that the applicant had not brought forward any evidence to support his allegation that he would not be accorded the full protection of the law in court-martial process. The Board concluded that the applicant was not a conscientious objector because he was not opposed to war in any form, or to the bearing of arms, due to his genuine political, religious or moral convictions, and that, as a result, any punishment for desertion would not be inherently persecutory. Four issues were raised: (1) whether the Board erred in finding that evidence with respect to the alleged illegality of the American military action in Iraq was irrelevant to the determination that had to be made by the Refugee Protection Division in accordance with paragraph 171 of the Handbook; (2) whether the Board erred in finding that the applicants had failed to establish that the violations of international humanitarian law committed by the American military in Iraq rise to the level of being systematic or condoned by the State; (3) whether the Board imposed too heavy a burden on the applicant to demonstrate that he would himself have been involved in unlawful acts, had he gone to Iraq; and (4) whether the Board erred in its analysis of the State protection and persecution issues.

Held, the application should be dismissed.

(1) The Handbook provisions dealing with conscientious objection and desertion recognize that, as a general rule, punishment for the breach of a domestic law of general application prohibiting desertion will not necessarily be persecutory, even where the desertion is motivated by a

La Commission de l’immigration et du statut de réfugié a jugé que la légalité de l’intervention militaire en Irak n’était pas pertinente quant à savoir si elle constituait « le type d’action militaire » qui est « condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires », au sens du paragraphe 171 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Le paragraphe 171 du Guide énonce que 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. La Commission a refusé d’admettre les éléments de preuve touchant la légalité de l’action militaire américaine en Irak, déclarant que ces éléments n’étaient pas pertinents eu égard aux demandes d’asile présentées par les demandeurs. Elle a jugé que le demandeur n’avait pas présenté de preuve susceptible d’étayer son allégation selon laquelle il ne bénéficierait pas de la pleine protection de la loi devant une cour martiale. La Commission a conclu que le demandeur n’était pas un objecteur de conscience parce qu’il ne s’opposait pas à la guerre sous toutes ses formes, ou au fait de porter les armes, en raison de convictions politiques, religieuses ou morales authentiques, et que, par conséquent, la peine qui pourrait lui être imposée en raison de sa désertion ne constituerait pas, en soi, de la persécution. Quatre questions ont été soulevées, soit celles de savoir si 1) la Commission avait commis une erreur en statuant que les éléments de preuve relatifs à la prétendue illégalité de l’action militaire américaine en Irak n’étaient pas pertinents eu égard à la décision que devait prendre la Section de la protection des réfugiés en vertu du paragraphe 171 du Guide; 2) la Commission avait commis une erreur en jugeant que les demandeurs n’avaient pas réussi à établir que les violations du droit humanitaire international commises par l’armée américaine en Irak avaient un caractère systématique ou étaient tolérées par l’État; 3) la Commission avait commis une erreur en imposant un fardeau trop lourd au demandeur, à savoir celui de démontrer qu’il aurait lui-même participé à la perpétration d’actes illégaux s’il était allé en Irak; et 4) la Commission avait commis une erreur dans son analyse des questions touchant la protection de l’État et la persécution.

Jugement : la demande est rejetée.

1) Les dispositions du Guide traitant de l’objection de conscience et de la désertion reconnaissent que, règle générale, la peine découlant de la violation d’une loi nationale d’application générale interdisant la désertion ne constitue pas nécessairement de la persécution, même si la désertion est

sincere conscientious objection. Paragraph 171 creates an exception to this general rule, by making refugee protection available to individuals who breach domestic laws of general application if compliance with those laws would result in the individual violating accepted international norms. Case law has clearly established that direct participation or complicity in military actions that are in violation of international humanitarian law will bring a refugee claimant within the exception of paragraph 171 of the Handbook. A refusal to be involved in the commission of a crime against peace could potentially bring a senior member of a government or military within the ambit of paragraph 171. It is only those with the power to plan, prepare, initiate and wage a war of aggression who are culpable for crimes against peace; the applicant was not one of them. The ordinary foot-soldier such as the applicant is not expected to make his own personal assessment as to the legality of a conflict in which he may be called upon to fight. Similarly, such an individual cannot be held criminally responsible merely for fighting in support of an illegal war, assuming that his own personal wartime conduct was otherwise proper. As a result, there was no merit to the applicant's contention that had he participated in the war in Iraq, he would have been complicit in a crime against peace, and should thus be afforded the protection offered by paragraph 171 of the Handbook. When one is dealing with a foot-soldier such as the applicant, the assessment of the "military action" that has to be carried out in accordance with paragraph 171 of the Handbook relates to the "on the ground" conduct of the soldier in question, and not the legality of the war itself. The Board did not err in finding that evidence as to the alleged illegality of the American-led military action in Iraq was irrelevant to the determination that had to be made by the Refugee Protection Division in this case, in accordance with paragraph 171 of the Handbook. In such case, the focus of the inquiry should be on the law of *jus in bello*, that is, the international humanitarian law that governs the conduct of hostilities during an armed conflict.

(2) The applicants relied strongly on two legal opinions, called the "Gonzales opinions", prepared for the President of the United States by the Office of the Attorney General. These opinions related to the supposed unconstitutionality of American domestic legislation implementing the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, if applied to the interrogation of "enemy combatants" pursuant to the President of the United States' powers. As a general rule, the Board does not have to specifically refer to every piece of evidence, and will be presumed to have considered all of the evidence in coming to

motivée par une objection de conscience sincère. Le paragraphe 171 crée une exception à cette règle générale puisqu'il a pour effet d'accorder la protection à titre de réfugié aux personnes qui violent les lois nationales d'application générale si le respect de ces lois amenait l'individu concerné à violer les normes internationales généralement acceptées. La jurisprudence a établi clairement que le fait de participer directement à des actions militaires qui constituent des violations du droit humanitaire international, ou d'en être complice, rend applicable au demandeur d'asile l'exception envisagée par le paragraphe 171 du Guide. Le refus de participer à la perpétration d'un crime contre la paix pourrait déclencher l'application du paragraphe 171 à un responsable du gouvernement ou des forces armées. Seules les personnes ayant le pouvoir de planifier, préparer, déclencher et mener une guerre d'agression peuvent être déclarées coupables de crimes contre la paix; le demandeur n'était pas l'une de ces personnes. Un simple fantassin comme le demandeur n'est pas tenu de se prononcer personnellement sur la légalité du conflit dans lequel il peut être amené à se battre. De la même façon, une personne dans cette situation ne peut être déclarée pénalement responsable pour la seule raison qu'elle a combattu dans le cadre d'une guerre illégale, en tenant pour acquis que son comportement personnel en temps de guerre a été, pour le reste, régulier. Par conséquent, l'argument du demandeur selon lequel, s'il avait participé à la guerre en Irak, il aurait été complice d'un crime contre la paix et devrait donc bénéficier de la protection prévue par le paragraphe 171 du Guide est mal fondé. Dans le cas d'un fantassin comme le demandeur, l'appréciation de « l'action militaire » qui doit être effectuée conformément au paragraphe 171 du Guide porte sur la conduite « sur le terrain » du soldat en question et non pas sur la légalité de la guerre elle-même. La Commission n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué que les éléments de preuve relatifs à la prétendue illégalité de l'action militaire menée par les Américains en Irak n'étaient pas pertinents quant à la décision que devait prendre la Section de la protection des réfugiés dans la présente affaire, en conformité avec le paragraphe 171 du Guide. Dans un tel cas, l'enquête devrait porter sur les règles du *jus in bello*, c'est-à-dire le droit humanitaire international qui régit la conduite des hostilités au cours d'un conflit armé.

2) Les demandeurs se sont appuyés fortement sur deux avis juridiques (les « avis Gonzales ») préparés à l'intention du président des États-Unis par le bureau du procureur général. Ces avis portaient sur la prétendue inconstitutionnalité des dispositions légales américaines visant à mettre en œuvre la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* lorsqu'elles sont appliquées à l'interrogatoire de « combattants ennemis » conformément au pouvoir qu'exerce le président des États-Unis. En règle générale, la Commission n'est pas tenue de faire référence à tous les éléments de preuve et elle est présumée avoir fondé sa

its decision. The Gonzales opinions are legal opinions prepared for the President of the United States; they do not represent a statement of American policy. Therefore, their probative value was not such that the failure of the Board to specifically discuss them in its decision amounted to a reviewable error. The Board did not err in finding that the breaches of international humanitarian law committed by American soldiers in Iraq did not rise to the level of being either systematic or condoned by the State.

(3) The Board applied the correct standard of proof in finding that the applicant failed to establish that if deployed to Iraq, he would have engaged, been associated with, or been complicit in military action, condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct. While the legal test for persecution only requires that there is more than a mere possibility that the individual will face persecution in the future, the standard of proof applicable to the facts underlying the claim is that of the balance of probabilities. As a mere foot-soldier, the applicant could not be held to account for any breach of international law committed by the United States in going to Iraq. The “type of military action” that is relevant to the applicant’s claim, as that phrase is used in paragraph 171 of the Handbook, is the “on the ground” activities with which he would have been associated in Iraq. The Board did not err in finding that the applicant had failed to establish that he would himself have been called upon to commit breaches of international humanitarian law, had he gone to Iraq.

(4) Freedom of thought, conscience and religion are fundamental rights well recognized in international law. At the present time, however, there is no internationally recognized right to either total or partial conscientious objection. The notion that such a right could even exist is relatively recent. It is arguable that if freedom of conscience is to be recognized as a basic human right, individuals should not be forced, on pain of imprisonment, to comport themselves in a way that violates their fundamental beliefs. Moreover, consideration has to be given to the fact that States have a legitimate interest in the maintenance of their military forces and national defence. The applicant argued that any punishment that he might receive in the United States would be inherently persecutory. This argument was rejected because paragraph 172 of the Handbook, which provides that refusal to perform military service may also be based on religious convictions, must be read in context. Paragraph 171 explicitly states that it is not enough for a person merely to be in disagreement with his government with respect to the political justification for a

décision sur l’ensemble de la preuve présentée. Les avis Gonzales sont des avis juridiques préparés à l’intention du président des États-Unis; ils ne représentent pas un énoncé de la politique américaine. En conséquence, la valeur probante de ces avis n’était pas telle que l’omission de la Commission de les mentionner expressément dans sa décision constituait une erreur sujette à révision. La Commission n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a statué que les violations du droit humanitaire international qu’ont commises les soldats américains en Irak ne sont pas systématiques ou tolérées par l’État.

3) La Commission a appliqué la norme de preuve appropriée lorsqu’elle a conclu que le demandeur n’a pas établi que, s’il avait été déployé en Irak, il aurait participé et été associé à une action militaire, et en aurait été complice, action militaire condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires. Bien que le critère juridique en matière de persécution exige simplement que l’intéressé établisse davantage qu’une simple possibilité qu’il fasse l’objet de persécution à l’avenir, la norme de preuve applicable aux faits sous-jacents à la demande est celle de la prépondérance de la preuve. À titre de simple fantassin, le demandeur ne pouvait se voir imputer les violations du droit international commises par les États-Unis lorsqu’ils ont décidé d’intervenir en Irak. Le « type d’action militaire » qui concerne la demande du demandeur, telle que cette expression est utilisée au paragraphe 171 du Guide, vise les activités « sur le terrain » auxquelles il aurait été associé en Irak. La Commission n’a pas commis d’erreur en jugeant que le demandeur n’avait pas établi qu’il aurait lui-même été appelé à commettre des violations du droit humanitaire international s’il était allé en Irak.

4) Les libertés de pensée, de conscience et de religion sont des droits fondamentaux reconnus par le droit international. À l’heure actuelle, toutefois, il n’existe pas de droit absolu ou partiel reconnu internationalement au statut d’objecteur de conscience. L’idée qu’un tel droit puisse même exister est d’origine relativement récente. Il est possible de soutenir que, si la liberté de conscience est véritablement reconnue comme un droit fondamental de la personne, les individus ne devraient pas être obligés, sous peine d’emprisonnement, de violer leurs convictions fondamentales par leur conduite. Il convient également de prendre en compte le fait qu’il est dans l’intérêt des États d’entretenir des forces armées et une défense nationale. Le demandeur a affirmé que toute peine qui pourrait lui être imposée aux États-Unis constituerait par sa nature même de la persécution. Cet argument a été rejeté parce que le paragraphe 172 du Guide, qui précise que le refus d’accomplir le service militaire peut également être fondé sur des convictions religieuses, doit être lu dans son contexte. Le paragraphe 171 énonce expressément qu’il ne suffit pas

particular military action. Also, the foundation for the applicant's claims for refugee protection was his political opinion, not his religion. Paragraph 172 relates to religious objections, not to political ones. Each State has to decide for itself how much value should be attributed to the fundamental right to freedom of conscience. At the present time, Canada does not accord the members of its own armed forces the latitude to object to specific wars, which supports the view that there is no generally accepted right to conscientious objection on the grounds advanced by the applicants. It follows that there is nothing inherently persecutory in the American system. The Federal Court of Appeal stated recently that even in a country where military service is compulsory and where there is no alternative to military service available, the repeated prosecutions and imprisonments of a sincere conscientious objector does not amount to persecution on a Convention ground. Thus, the prosecution and potential imprisonment of a volunteer soldier by a country that does provide some, albeit limited, alternatives to military service would similarly not amount to persecution on a Convention ground.

There is currently no internationally recognized right to object to a particular war, other than in the circumstances specifically identified in paragraph 171 of the Handbook. As a result, while the applicant may face prosecution in the United States for having acted in accordance with his conscience, this does not amount to persecution on the basis of his political opinion. States like Canada can and do punish their citizens for acting in accordance with their sincerely-held moral, political and religious views when those individuals break laws of general application.

A serious question of general importance was certified: when dealing with a refugee claim advanced by a mere foot soldier, is the question whether a given conflict may be unlawful in international law relevant to the determination which must be made by the Refugee Division under paragraph 171 of the UNHCR handbook?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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].

Charter of the International Military Tribunal, Annex of the *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 8

qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. De même, la demande d'asile du demandeur était fondée sur ses opinions politiques et non pas sur sa religion. Le paragraphe 172 concerne les objections religieuses et non pas les objections politiques. Chaque État fixe lui-même la valeur qu'il convient d'accorder à la liberté de conscience, un droit fondamental. À l'heure actuelle, le Canada n'accorde pas aux membres de ses propres forces armées la possibilité de s'opposer à des guerres particulières, autre preuve du fait qu'il n'y a pas de droit généralement accepté de soulever une objection de conscience pour les motifs avancés par les demandeurs. Il en résulte que le système américain ne constitue pas, par sa nature, de la persécution. La Cour d'appel fédérale a déclaré récemment que même dans un pays où le service militaire est obligatoire et où aucun service de remplacement n'est possible, la multiplication des poursuites et des peines d'emprisonnement visant un objecteur de conscience sincère ne constitue pas de la persécution fondée sur un des motifs de la Convention. Ainsi, la poursuite d'un soldat qui s'est volontairement enrôlé et son emprisonnement possible par un pays qui accorde certains services de rechange, quoique limités, au service militaire, ne constituent pas non plus de la persécution pour un motif énuméré dans la Convention.

À l'heure actuelle, le droit de s'opposer à une guerre particulière n'est pas reconnu internationalement, sauf dans les circonstances précisées au paragraphe 171 du Guide. Par conséquent, bien que le demandeur risque d'être poursuivi aux États-Unis parce qu'il a agi selon sa conscience, cela ne constitue pas de la persécution fondée sur ses opinions politiques. Des États comme le Canada ont le pouvoir de punir leurs citoyens pour avoir agi conformément à des opinions morales, politiques et religieuses sincères lorsque ces personnes violent des lois d'application générale.

Une question grave de portée générale a été certifiée : dans le cas d'une demande d'asile présentée par un simple fantassin, la question de savoir si un conflit donné est illégal selon le droit international est-elle pertinente eu égard à la décision que doit rendre la Section de la protection des réfugiés en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCR?

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].

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7, art. 2(4).

Convention contre la torture et autres peines ou

August 1945, 82 U.N.T.S. 279.
Charter of the United Nations, June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7, Art. 2(4).
Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, Art. 9.
Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, March 26, 1975, [1975] Can. T.S. No. 12.
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949, being Sch. III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97, 98.
International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 9, 10, 11, 12, 13, 14.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. § 801 (2000).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1A(2), 1F.
Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 18.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 3 F.C. 540; (1993), 20 Imm. L.R. (2d) 1; 155 N.R. 311 (C.A.); *Ates v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 343 N.R. 234; 2005 FCA 322.

CONSIDERED:

Al-Maisri v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] F.C.J. No. 642 (C.A.) (QL); *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 154 D.L.R. (4th) 200; 28 amin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 47 Imm. L.R. (3d) 16; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593; (1995), 128 D.L.R. (4th) 213; 187 N.R. 321; *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304; 2003 UKHL 15; *Diab v. Canada*

traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, qui est 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, art. 9.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1A(2), 1F.
Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, 26 mars 1975, [1975] R.T. Can. n° 12.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU, 10 décembre 1948, art. 18.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97, 98.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 9, 10, 11, 12, 13, 14.
Statut du Tribunal militaire international, annexe de l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. § 801 (2000).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Ates c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 322.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Al-Maisri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1995] A.C.F. n° 642 (C.A.) (QL); *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304; 2003 UKHL 15; *Diab c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1277 (C.A.) (QL); *Radosevic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 74 (1^{re}

(*Minister of Employment and Immigration*), [1994] F.C.J. No. 1277 (C.A.) (QL); *Radosevic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 74 (T.D.) (QL); *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] EWCA Civ 681; *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153; 7 Imm. L.R. (2d) 169; 132 N.R. 24 (C.A.); *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239; (2005), 249 D.L.R. (4th) 306; 41 Imm. L.R. (3d) 157; 329 N.R. 346; 2005 FCA 1.

REFERRED TO:

Minister of Employment and Immigration v. Satiacum (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971); *Ciric v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 65; (1993), 71 F.T.R. 300; 23 Imm. L.R. (2d) 210 (T.D.); *Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90; 24 Imm. L.R. (2d) 242 (F.C.T.D.); *R. v. Jones*, [2006] UKHL 16; *Zuevich v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 453 (T.D.) (QL); *Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 79; (1993), 71 F.T.R. 171 (T.D.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Woolaston v. Minister of Manpower and Immigration*, [1973] S.C.R. 102; (1972), 28 D.L.R. (3d) 489; *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.); *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Bugnion, François. "Just Wars, Wars of Aggression, and International Humanitarian Law" (2002), 84 *International Review of the Red Cross* No. 847, page 523.

Canada. National Defence. *Defence Administrative Orders and Directives on Conscientious Objection*, DAOD 5049-2, July 30, 2004.

Davidson, Michael J. "War and the Doubtful Soldier" (2005), 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 91.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

inst.) (QL); *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] EWCA Civ 681; *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.); *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239; 2005 CAF 1.

DÉCISIONS CITÉES :

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971); *Ciric c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 65 (1^{re} inst.); *Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst.) (QL); *R. v. Jones*, [2006] UKHL 16; *Zuevich c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL); *Penate c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 79 (1^{re} inst.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL); *Woolaston c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1973] R.C.S. 102; *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 946 (C.A.) (QL); *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1425 (1^{re} inst.) (QL); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441.

DOCTRINE CITÉE

Bugnion, François. « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire » (2002), 84 *Revue internationale de la Croix-Rouge* n° 847, page 523.

Canada. Défense nationale. *Directives et ordonnances administratives du ministère de la Défense nationale*, DOAD 5049-2, 30 juillet 2004.

Davidson, Michael J. « War and the Doubtful Soldier » (2005), 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 91.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1996.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

United Nations. Office 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.

United Nations. Preparatory Commission for the International Criminal Court. "Working Group on the Crime of Aggression", UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1.

United Nations. Preparatory Commission for the International Criminal Court. "Working Group on the Crime of Aggression", UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1/Add.1.

United Nations Security Council. Resolution 1441 (2002), adopted by the Security Council at its 4544th meeting, on November 8, 2002.

United States. Department of the Army. Army Regulation 600-43, effective 21 September 2006.

United States. Department of Defense. *Manual for Courts-Martial, United States, 2002 Edition*, Washington, 2002.

von Sternberg, Mark R. *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared*. The Hague, New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed. loose-leaf, Toronto: Butterworths, 2004.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto : Butterworths, 1991.

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.

United Nations. Preparatory Commission for the International Criminal Court. « Working Group on the Crime of Aggression », UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1.

United Nations. Preparatory Commission for the International Criminal Court. « Working Group on the Crime of Aggression », UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1/Add.1.

United Nations Security Council. Resolution 1441 (2002), adopted by the Security Council at its 4544th meeting, on November 8, 2002.

United States. Department of Defense. *Manual for Courts-Martial, United States, 2002 Edition*, Washington, 2002.

United States. Department of the Army. Army Regulation 600-43, effective 21 September 2006.

von Sternberg, Mark R. *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law : Canadian and United States Case Law Compared*. The Hague, New York : Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed. loose-leaf, Toronto : Butterworths, 2004.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board ([2005] R.P.D.D. No. 1 (QL)) that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection. Application dismissed.

APPEARANCES:

Jeffry A. House for applicants.
Marianne Zoric and Robert Bafaro for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jeffry House, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ([2005] D.S.P.R. n° 1 (QL)) portant que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Jeffry A. House pour les demandeurs.
Marianne Zoric et Robert Bafaro pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Jeffry House, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACTAVISH J.:

I. Introduction

[1] Jeremy Hinzman is an American soldier who deserted the United States Army after his unit was deployed to fight in Iraq. Mr. Hinzman says that he deserted because of his strong moral objections to the war in Iraq, and his belief that the American-led military action in that country is illegal.

[2] After deserting the military, Mr. Hinzman came to Canada, accompanied by his wife and infant son. Shortly thereafter, the family claimed refugee protection, asserting that they had a well-founded fear of persecution in the United States, based upon Mr. Hinzman's political opinion. The family's claims were rejected by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board [[2005] R.P.D.D. No. 1 (QL)], which found that the family members were neither Convention refugees nor persons in need of protection.

[3] Mr. Hinzman and his family now seek judicial review of the Board's decision, asserting that the Board erred in refusing to allow them to lead evidence with respect to the alleged illegality of the American military action in Iraq. The Board further erred, they say, in ignoring evidence with respect to the alleged condonation of ongoing human rights violations perpetrated by the American military in Iraq, and with respect to the systemic nature of those violations.

[4] In addition, the applicants say that the Board imposed too heavy a burden on them to demonstrate that Mr. Hinzman would himself have been involved in unlawful acts, had he gone to Iraq. Finally, the applicants argue that the Board erred in failing to properly consider the fact that an objection to a particular war is not recognized as a legitimate basis on

* Editor's Note: The table of contents has been omitted for reasons of brevity.

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

LA JUGE MACTAVISH :

I. Introduction

[1] Jeremy Hinzman est un soldat américain qui a déserté lorsque son unité a été envoyée se battre en Irak. M. Hinzman affirme avoir déserté parce qu'il s'oppose pour des raisons morales à la guerre en Irak et qu'il croit que l'action militaire menée par les Américains dans ce pays est illégale.

[2] Après avoir déserté, M. Hinzman est venu au Canada, accompagné de sa femme et de son jeune fils. Peu de temps après, la famille a demandé l'asile, en soutenant qu'elle craignait avec raison d'être persécutée aux États-Unis, du fait des opinions politiques de M. Hinzman. La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [[2005] D.S.P.R. n° 1 (QL)] a rejeté les demandes présentées par les demandeurs et a jugé qu'ils n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention, ni des personnes à protéger.

[3] M. Hinzman et sa famille sollicitent maintenant le contrôle judiciaire de la décision de la Commission et soutiennent que celle-ci a commis une erreur en refusant de leur permettre de présenter des éléments de preuve concernant la prétendue illégalité de l'action militaire américaine en Irak. La Commission a également commis une erreur, affirment-ils, en écartant les éléments de preuve portant sur l'allégation que l'armée américaine tolérait les violations répétées des droits humains commises par ses membres en Irak et sur la nature systématique de ces violations.

[4] En outre, les demandeurs affirment que la Commission leur a imposé un fardeau de la preuve trop lourd en exigeant que M. Hinzman démontre qu'il aurait lui-même été amené à participer à des actes illégaux, s'il était allé en Irak. Enfin, les demandeurs soutiennent que la Commission a commis une erreur en ne tenant pas dûment compte du fait que l'opposition à une guerre

* Note de l'arrêviste : La table des matières a été omise pour raisons de concision.

which to grant conscientious objector status in the United States. Given that Mr. Hinzman's sincere conscientious objections to the war in Iraq were not taken into account by the United States Army, the applicants say that any punishment that he may receive for having deserted automatically amounts to persecution.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that this application for judicial review must be dismissed. It should be noted that the question of whether the American-led military intervention in Iraq is in fact illegal is not before the Court, and no finding has been made in this regard.

II. Factual background

[6] As the Federal Court of Appeal observed in *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540, conscientious objector cases are often fact-specific. It is therefore necessary to review the facts underlying the applicants' refugee claims in some detail, particularly as they relate to the nature of Mr. Hinzman's objection to military service generally, and to serving in the war in Iraq in particular.

[7] Mr. Hinzman enlisted in the United States Army in November of 2000. Mr. Hinzman acknowledged that, in joining the Army, he was motivated by both the financial assistance that the military provided to recruits, which would have allowed him to attend university upon completion of his term of enlistment, and by the "higher and noble purpose" that the Army represented.

[8] Mr. Hinzman could have signed up for a term of two, four or six years. He chose a four-year term of service. He also had a choice of positions within the Army, and elected to be an infantryman. He explained that "if I was going to be in the army . . . I was going to experience the essence of the army, which is what the Infantry is. I mean, when you watch a war movie and you see the people shooting back and forth or whatever else, that's the feel."

particulière ne constitue pas une raison légitime d'obtenir le statut d'objecteur de conscience aux États-Unis. Étant donné que l'armée des États-Unis n'a pas tenu compte des objections de conscience sincères qu'entretenait M. Hinzman à l'égard de la guerre en Irak, les demandeurs affirment que toute punition qui pourrait lui être imposée en raison de sa désertion constitue automatiquement de la persécution.

[5] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu qu'il y avait lieu de rejeter la présente demande de contrôle judiciaire. Il convient de noter qu'il n'est pas demandé à la Cour de trancher la question de savoir si l'intervention militaire en Irak dirigée par les Américains est en fait illégale et qu'aucune conclusion n'a été formulée sur ce point.

II. Le contexte factuel

[6] Comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer dans *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540, la plupart des affaires d'objecteur de conscience mettent en cause des faits qui leur sont propres. Il est donc nécessaire d'examiner en détail les faits qui sous-tendent les demandes d'asile des demandeurs, en particulier ceux qui concernent la nature de l'objection de M. Hinzman à l'accomplissement de son service militaire en général et à faire la guerre en Irak en particulier.

[7] M. Hinzman s'est enrôlé dans l'armée des États-Unis en novembre 2000. Il a reconnu qu'il est entré dans l'armée parce que, d'une part, il souhaitait obtenir l'aide financière que l'armée fournit aux recrues, ce qui lui aurait donné la possibilité de faire des études universitaires après avoir effectué son service militaire, et d'autre part, parce qu'il était attiré par la « noble et haute » mission qui anime l'armée.

[8] M. Hinzman pouvait s'engager pour une durée de deux, quatre ou six ans. Il a choisi de servir pendant quatre ans. Il pouvait également choisir le poste qu'il souhaitait occuper dans l'armée et a choisi d'être fantassin. Il a expliqué que [TRADUCTION] « une fois dans l'armée [. . .] je voulais connaître l'essence même de l'armée, c'est-à-dire l'infanterie. Je recherchais l'excitation que l'on ressent lorsqu'on regarde un film de guerre et qu'on voit des gens se tirer dessus ».

[9] Although he says that he was a practising Buddhist prior to enlisting in the Army, it appears that, at the outset of his military service, Mr. Hinzman did not have any qualms about bearing arms or otherwise participating in active military service.

[10] Mr. Hinzman explained that as he went through basic training, he was exposed to a process of desensitization, involving a dehumanization of the enemy. This process included having the recruits repeat chants about killing, raping and pillaging. Mr. Hinzman initially thought that this was all done in good fun, but subsequently began to question his involvement in such activity.

[11] Mr. Hinzman evidently excelled in his military training, achieving the rank of Private, First Class, with a "Specialist" rating. He was one of the select few chosen for the "pre-Ranger course". The Ranger program is an elite leadership training course which enables individuals to deal with combat situations successfully, by making the right decisions with limited resources. Obtaining the Ranger certification would have greatly enhanced Mr. Hinzman's career prospects within the Army.

[12] Before the Board, Mr. Hinzman testified that during this period, he was "kind of living a double life". While he continued to do very well at his military training, the concerns about killing that Mr. Hinzman had started to develop in basic training had continued to grow, as he explored a world view framed by Buddhist teachings, which resulted in a deepening of his religious beliefs. He says that he gradually came to realize that he had a significant inhibition against the taking of human life, stating that his concerns in this regard came to a head as he was on the verge of starting the pre-Ranger course, when he realized that he was "at a point of no return", and that he "couldn't do it anymore".

[13] Mr. Hinzman says that he did not discuss his concerns with anyone outside his family at this time. He

[9] Il affirme qu'il était bouddhiste pratiquant avant de s'enrôler dans l'armée, mais il semble qu'au début de son service militaire, M. Hinzman n'ait guère éprouvé de scrupules face à l'obligation de porter les armes ou de participer autrement à un service militaire actif.

[10] M. Hinzman a expliqué que le processus de formation de base a fait en sorte de le désensibiliser, et de déshumaniser l'ennemi. Ce processus amenait les recrues à entonner des chants parlant de meurtre, de viol et de pillage. M. Hinzman a pensé au départ qu'il s'agissait de plaisanteries, mais par la suite, il a commencé à remettre en question sa participation à ce type d'activité.

[11] M. Hinzman a manifestement obtenu d'excellents résultats au cours de sa formation militaire, puisqu'il a obtenu le grade de soldat de première classe avec la mention de « spécialiste ». Il faisait partie du petit groupe de soldats qui avaient été admis dans le « programme Ranger ». Ce programme est un cours de formation et de leadership exceptionnel qui permet aux participants d'acquérir les techniques nécessaires pour exceller dans les situations de combat et pour prendre de bonnes décisions en disposant de ressources limitées. L'obtention du diplôme de Ranger aurait grandement favorisé les perspectives de carrière de M. Hinzman au sein de l'armée.

[12] Devant la Commission, M. Hinzman a déclaré que, pendant cette période, il vivait une « sorte de double vie ». Tout en réussissant très bien dans sa formation militaire, M. Hinzman était de plus en plus préoccupé par le fait de tuer, un acte auquel il réfléchissait depuis sa formation de base, parce qu'il s'intéressait à une conception du monde inspirée des enseignements bouddhistes, ce qui a eu pour résultat de renforcer ses croyances religieuses. Il affirme avoir progressivement compris qu'il était incapable de prendre une vie humaine et a précisé que ses préoccupations portant sur cet aspect se sont concrétisées au moment où il s'apprêtait à commencer le programme Ranger, s'étant alors aperçu qu'il arrivait à « un point de non-retour » et qu'il « ne pouvait plus vivre de cette façon ».

[13] M. Hinzman déclare n'avoir fait part de ses préoccupations qu'à sa famille. Il a toutefois appris que

did, however, become aware that the U.S. Army allows personnel to apply for conscientious objector status. This policy allows soldiers to be reassigned to non-combatant duties where the soldier objects to bearing arms, and also permits the complete separation of the individual from the military, where the individual objects to war of all kinds.

[14] In August of 2002, Mr. Hinzman decided to seek reassignment to non-combatant duties as a conscientious objector. He testified that he did not ask to be discharged from the Army, as he felt an obligation to complete his four-year contract, and was willing to continue to serve as a medic, truck driver, cook, administrator or any other position that did not require him to kill anyone.

[15] While he acknowledged that an early release from the Army would have limited the educational benefits to which he would be entitled, Mr. Hinzman says that this was not a factor in his decision to seek reassignment while remaining in the Army.

[16] In his application for conscientious objector status, Mr. Hinzman stated that it was his belief that war in any guise was wrong, and that he could no longer be part of a unit that was trained to kill. While Mr. Hinzman stated that he was not a member of a religious sect or organization, he did explain how his involvement with principles of Buddhism and meditation, as well as his attendance at meetings of the Society of Friends, or "Quakers", had influenced the evolution in his beliefs.

[17] In accordance with the military's conscientious objector procedures, within three days of submitting his application for conscientious objector status, Mr. Hinzman was reassigned to guard the entrance gate at the Fort Bragg base. This position involved checking licence plates of cars entering the base. He was subsequently transferred to work in the dining facility at Fort Bragg.

[18] The evidence is not very clear as to what happened to Mr. Hinzman's initial conscientious

l'armée des États-Unis permettait à son personnel de présenter une demande de statut d'objecteur de conscience. Cette politique permettait aux soldats qui refusaient de porter les armes d'être réaffectés à des tâches de non-combattant et autorisait également à quitter l'armée les individus qui s'opposaient à toutes les sortes de guerre.

[14] En août 2002, M. Hinzman a décidé de demander d'être affecté à des tâches de non-combattant à titre d'objecteur de conscience. Il a déclaré ne pas avoir demandé d'être libéré de l'armée, parce qu'il se sentait obligé de terminer son service de quatre ans et qu'il était prêt à continuer à servir dans l'armée comme médecin, conducteur de camion, cuisinier, administrateur ou tout autre poste dans lequel il ne serait pas obligé de tuer qui que ce soit.

[15] Il a reconnu qu'une libération anticipée de l'armée aurait eu pour effet de réduire les avantages auxquels il aurait eu droit en matière d'études, mais M. Hinzman affirme que ce n'est pas ce facteur qui a influencé sa décision de demander une réaffectation et de demeurer dans l'armée.

[16] Dans sa demande de statut d'objecteur de conscience, M. Hinzman a déclaré qu'il pensait que toutes les guerres étaient immorales et qu'il ne pouvait plus faire partie d'unités formées pour tuer. M. Hinzman a déclaré qu'il n'était membre d'aucune secte ou organisation religieuse mais il a expliqué comment sa pratique des principes du bouddhisme et de la méditation, ainsi que le fait d'assister à des réunions de la société des amis, ou « Quakers », avaient influencé l'évolution de ses convictions.

[17] Conformément à la procédure appliquée par l'armée aux objecteurs de conscience, M. Hinzman a été réaffecté à la garde de la grille d'entrée de la base de Fort Bragg trois jours après avoir présenté sa demande de statut d'objecteur de conscience. Cette fonction consistait à vérifier les plaques d'immatriculation des véhicules qui entraient dans la base. Il a par la suite été transféré à la cafétéria de Fort Bragg.

[18] Les éléments de preuve n'indiquent pas très clairement ce qui est arrivé à la première demande

objector application. It seems to have somehow gone astray, and was never dealt with by the Army on its merits.

[19] At the end of October 2002, when Mr. Hinzman realized that his application had not been dealt with, he submitted a new application. By this point, it had become clear to Mr. Hinzman that his unit was to be deployed to fight in Afghanistan as part of “Operation Enduring Freedom”. Because of the timing of Mr. Hinzman’s second application, it appeared that his application had been precipitated by his learning of his imminent deployment to Afghanistan, when in fact this was not the case.

[20] Although Mr. Hinzman did not know whether the American military action in Afghanistan had been sanctioned by a resolution of the Security Council of the United Nations, he was nonetheless of the view that the United States had a legitimate basis for going into Afghanistan. Mr. Hinzman explained that he was satisfied that there were links between the Taliban regime then in power in Afghanistan and Al-Qaida, Al-Qaida being the terrorist organization responsible for the September 11, 2001 attacks on the United States.

[21] Accordingly, Mr. Hinzman went with his unit to Afghanistan, where he was assigned kitchen duties.

[22] A hearing with respect to Mr. Hinzman’s conscientious objector application was held in Kandahar on April 2, 2003. Mr. Hinzman has complained that he was unable to call any witnesses at the hearing because the hearing was held in Afghanistan, and the witnesses that he might have called, including his wife and the Quakers with whom he had attended meetings, were all in the United States. However, although Army Regulation 600-43, which governs conscientious objector procedures, expressly contemplates the adjournment of hearings for good cause at the request of the applicant, Mr. Hinzman never sought to have the hearing adjourned until his return to the United States so as to permit him to call witnesses.

d’objecteur de conscience présentée par M. Hinzman. Il semble qu’elle ait été égarée et que les autorités militaires ne l’aient jamais examinée au fond.

[19] À la fin du mois d’octobre 2002, M. Hinzman s’est rendu compte que sa demande n’avait pas été traitée et il a décidé d’en présenter une autre. À ce moment-là, M. Hinzman savait que son unité serait déployée en Afghanistan dans le cadre de « Operation Enduring Freedom ». Le moment choisi par M. Hinzman pour déposer sa seconde demande pourrait laisser croire que c’est la perspective d’être bientôt envoyé en Afghanistan qui l’avait motivé à la présenter, alors qu’en fait, ce n’était pas le cas.

[20] M. Hinzman ne savait pas si l’opération militaire américaine en Afghanistan avait reçu la sanction d’une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, mais il estimait néanmoins que les États-Unis avaient une raison légitime d’intervenir en Afghanistan. M. Hinzman a expliqué qu’il était convaincu qu’il existait des liens entre le régime des Talibans au pouvoir à l’époque en Afghanistan et Al-Qaida, Al-Qaida étant l’organisation terroriste responsable des attaques du 11 septembre 2001 aux États-Unis.

[21] M. Hinzman s’est donc rendu avec son unité en Afghanistan, où il a été affecté à des tâches de cuisine.

[22] La demande de statut d’objecteur de conscience présentée par M. Hinzman a été examinée au cours d’une audience tenue à Kandahar le 2 avril 2003. M. Hinzman se plaignait du fait qu’il n’avait pas été en mesure de convoquer des témoins à l’audience, étant donné que celle-ci se tenait en Afghanistan et que les témoins qu’il aurait souhaité convoquer, notamment sa femme et les Quakers avec qui il assistait à des réunions, se trouvaient tous aux États-Unis. Cependant, même si le règlement militaire 600-43, qui régit la procédure de demande de statut d’objecteur de conscience, prévoit expressément l’ajournement des audiences à la demande du revendicateur, M. Hinzman n’a pas demandé que l’audience soit ajournée en attendant qu’il retourne aux États-Unis, de façon à lui permettre de convoquer des témoins.

[23] After the hearing, the First Lieutenant assigned to hear the case concluded that while Mr. Hinzman sincerely opposed war on a philosophical, societal and intellectual level, his beliefs were not congruent with the definition of conscientious objector set out in the Army regulations. In coming to this conclusion, the First Lieutenant appears to have been influenced by the fact that while Mr. Hinzman was unwilling to participate in offensive combat operations, he was prepared to participate in defensive operations. The First Lieutenant concluded that Mr. Hinzman could not choose when or where he would fight and, as a result, his application was denied.

[24] The First Lieutenant also found that Mr. Hinzman was using his conscientious objector application as a way to try to get out of the Infantry. This conclusion was based, in part, on a negative, and apparently erroneous, inference drawn from the First Lieutenant's belief that Mr. Hinzman had not claimed conscientious objector status until shortly after he found out that he was to be sent to Afghanistan.

[25] Although there is a right of appeal from a negative first-level decision, Mr. Hinzman did not appeal the First Lieutenant's decision, nor did he take any steps to investigate his rights in this regard. He continued to perform kitchen work for the remainder of his deployment in Afghanistan, and upon his return to the United States in July of 2003, Mr. Hinzman resumed his normal duties as an infantryman.

[26] Mr. Hinzman testified that he did not pursue his claim for conscientious objector status on his return to the States because he was "worn out", and because he felt that there would be no point to pursuing the matter. He also testified that he did not want to go through another long process of waiting, and did not want to have to do menial tasks while a decision was pending.

[27] He also stated that while he was still in Afghanistan, he began thinking about the fact that he could be deployed to fight in Iraq, and that he resolved at that time that he would not go. At his refugee hearing, Mr. Hinzman was asked why, if that was the case, did he

[23] Après l'audience, le premier lieutenant chargé d'entendre l'affaire a conclu que M. Hinzman était sincèrement opposé à la guerre sur les plans philosophique, social et intellectuel, mais que ses convictions ne correspondaient pas à la définition d'objecteur de conscience contenue dans les règlements militaires. Le premier lieutenant semble en être arrivé à cette conclusion parce qu'il a été influencé par le fait que M. Hinzman refusait de participer à des opérations militaires offensives, mais pas à des opérations défensives. Le premier lieutenant a conclu que M. Hinzman ne pouvait choisir le moment ou le lieu où il se battrait et, par conséquent, sa demande a été refusée.

[24] Le premier lieutenant a également statué que M. Hinzman avait déposé une demande d'objecteur de conscience parce qu'il voulait quitter l'infanterie. Cette conclusion était en partie fondée sur une déduction négative, et apparemment erronée, tirée du fait que le premier lieutenant pensait que M. Hinzman n'avait demandé le statut d'objecteur de conscience que peu de temps après avoir appris qu'il serait envoyé en Afghanistan.

[25] Il existe un droit d'appel à l'égard d'une décision négative de premier niveau, mais M. Hinzman n'a pas interjeté appel de la décision du premier lieutenant et n'a pas pris non plus de mesures pour savoir quels étaient ses droits dans ce domaine. Il a continué à travailler dans la cuisine pendant le reste de son affectation en Afghanistan, et à son retour aux États-Unis en juillet 2003, M. Hinzman a repris ses tâches normales de fantassin.

[26] M. Hinzman a déclaré qu'il n'avait pas donné suite à sa demande de statut d'objecteur de conscience à son retour aux États-Unis parce qu'il était « épuisé » et pensait que cela n'aurait servi à rien. Il a également déclaré qu'il ne souhaitait pas reprendre un processus aussi long et ne voulait pas avoir à accomplir des tâches inintéressantes en attendant une décision.

[27] Il a également affirmé que, pendant qu'il se trouvait en Afghanistan, il avait réfléchi au fait qu'il pourrait être envoyé en Irak et qu'il avait décidé à l'époque qu'il n'irait pas. Au cours de l'audience relative à sa demande d'asile, la commissaire lui a

not desert upon his return from Afghanistan. He said that once he returned to the States, he was back with his family and the thought of deserting had simply not occurred to him, even though by this point he knew that it was inevitable that he would be sent to Iraq.

[28] Mr. Hinzman says that he decided not to fight in Iraq because, in his view, the American military action in that country was illegal. He based this opinion on the fact that even though Iraq was supposed to be in possession of weapons of mass destruction, after months of investigation, no such weapons had been uncovered. Similarly, no links to terrorist organizations had been established, even though these ostensible links had been offered as a pretext for the United States going into Iraq. Finally, given his belief that Iraq posed no threat to the United States, Mr. Hinzman was of the view that there was no justification for such a non-defensive incursion into foreign territory.

[29] In December of 2003, Mr. Hinzman was told that his unit was to be deployed to Iraq on January 16, 2004. Having resolved not to go, Mr. Hinzman had two options—he could refuse the order to deploy, or he could desert. If he chose to refuse the deployment order, Mr. Hinzman could have been prosecuted under the *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. § 801 (2000)]. Instead, he opted to desert.

[30] Mr. Hinzman arrived in Canada with his family on January 4, 2004, and the family filed their applications for refugee status some three weeks later. Their applications were based on Mr. Hinzman's political beliefs. In his Personal Information Form (or PIF), Mr. Hinzman describes his reasons for deserting in the following terms:

The war with Iraq was the immediate reason for my decision to refuse military duty in its entirety. First, I feel that the war is contrary to international law and waged on false pretenses. Second, I am not willing to kill or be killed in the service of ideology and economic gain.

[31] Mr. Hinzman further claimed that participating in the war in Iraq would violate both his conscience and his religious principles, although his refugee claim was based only upon his political opinion.

demandé pourquoi, dans ce cas, il n'avait pas déserté à son retour d'Afghanistan. Il a répondu qu'une fois revenu aux États-Unis, il a retrouvé sa famille et l'idée de désertier ne lui est pas venue, même s'il savait à ce moment-là qu'il serait inévitablement envoyé en Irak.

[28] M. Hinzman affirme avoir décidé de ne pas aller se battre en Irak parce qu'il estimait que l'action militaire américaine dans ce pays était illégale. Il fondait cette opinion sur le fait qu'il devait se trouver en Irak des armes de destruction massive mais qu'après des mois d'enquête, on n'avait pas découvert ces armes. Parallèlement, aucun lien n'avait été établi entre l'Irak et les agressions terroristes, même si ce prétendu lien avait servi de prétexte à l'intervention des États-Unis. Enfin, étant donné qu'il pensait que l'Irak ne menaçait aucunement les États-Unis, M. Hinzman estimait qu'une telle incursion non défensive sur le territoire d'un pays étranger n'était pas justifiée.

[29] En décembre 2003, M. Hinzman a appris que son unité serait envoyée en Irak le 16 janvier 2004. Ayant décidé de ne pas y aller, M. Hinzman avait deux solutions—il pouvait refuser son affectation ou désertier. S'il refusait son affectation, M. Hinzman aurait pu être poursuivi en vertu du *Uniform Code of Military Justice* [10 U.S.C. § 801 (2000)]. Il a préféré désertier.

[30] M. Hinzman est arrivé au Canada avec sa famille le 4 janvier 2004 et sa famille a demandé l'asile quelque trois semaines plus tard. Leurs demandes étaient fondées sur les convictions politiques de M. Hinzman. Dans son Formulaire de renseignements personnels (FRP), M. Hinzman décrit de la façon suivante les raisons qui l'ont poussé à désertier :

[TRADUCTION] La guerre en Irak est la raison immédiate qui m'a poussé à refuser de terminer mon service militaire. Tout d'abord, je pense que cette guerre est une violation du droit international et qu'elle a été déclenchée sous de faux prétextes. Deuxièmement, je me refuse à tuer ou à être tué au service d'une idéologie ou pour des motifs économiques.

[31] M. Hinzman soutient également que participer à la guerre en Irak aurait été contraire à sa conscience et à ses convictions religieuses, même si sa demande d'asile était uniquement basée sur ses opinions politiques.

[32] Mr. Hinzman says that because the military occupation of Iraq was without a proper legal foundation, he would be a criminal if he were to take part in it. At the same time, however, he acknowledged that he would have been prepared to serve in Iraq in a non-combatant role, even though he was of the view that this limited participation would still make him complicit in an illegal war.

[33] If he were returned to the United States, Mr. Hinzman says that he would be prosecuted for desertion. While acknowledging that the vast majority of military deserters merely receive a dishonourable discharge from the military, and are not prosecuted, Mr. Hinzman is of the view that he has “ruffled enough feathers” that he would probably be court-martialled, and would likely receive a sentence of anywhere from one to five years in a military prison.

[34] While Mr. Hinzman acknowledges that he would receive a fair trial in the United States, before an independent judiciary, he nonetheless asserts that any form of punishment that he would incur for merely following his conscience would amount to persecution.

III. The Board’s preliminary evidentiary ruling

[35] In the pre-hearing process leading up to the hearing of the applicants’ refugee claims, counsel for the applicants indicated that he intended to lead evidence at the hearing as to the alleged illegality of the American military action in Iraq.

[36] This evidence primarily took the form of affidavits from two professors of international law, both of whom focused on the lack of United Nations Security Council approval for the American government’s use of force in Iraq. Both professors observe that the *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, [1945] Can T.S. No. 7 (UN Charter), permits the use of force by one country against another in only two situations: in cases of self-defence, and where there is Security Council approval.

[32] M. Hinzman affirme que l’occupation militaire de l’Irak ne repose sur aucune base juridique solide et qu’il serait criminel d’y participer. Parallèlement, il a reconnu qu’il aurait accepté d’aller en Irak dans un rôle de non-combattant, même s’il estimait qu’une telle participation limitée le rendrait néanmoins complice d’une guerre illégale.

[33] S’il était renvoyé aux États-Unis, M. Hinzman affirme qu’il serait poursuivi pour désertion. M. Hinzman reconnaît que l’immense majorité des déserteurs font simplement l’objet d’une exclusion pour cause d’indignité et ne sont pas poursuivis, mais il estime avoir « irrité suffisamment de personnes » pour qu’il soit probablement traduit devant une cour martiale et reçoive une peine de un à cinq ans de prison militaire.

[34] M. Hinzman reconnaît qu’il subirait un procès équitable aux États-Unis, devant un magistrat indépendant, mais il affirme néanmoins que le fait d’être puni pour avoir agi selon sa conscience constituerait de la persécution.

III. La décision préliminaire relative à la preuve rendue par la Commission

[35] Au cours des étapes ayant précédé l’audience relative aux demandes d’asile des demandeurs, l’avocat des demandeurs a fait connaître son intention de présenter à l’audience des éléments de preuve concernant l’allégation selon laquelle l’intervention américaine en Irak était illégale.

[36] Ces éléments de preuve ont principalement été présentés sous forme d’affidavits préparés par deux professeurs de droit international, qui tous les deux ont insisté sur le fait que le Conseil de sécurité des Nations Unies n’avait pas autorisé l’utilisation de la force par le gouvernement américain en Irak. Les deux professeurs font remarquer que la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7 (la Charte de l’ONU), n’autorise un pays à utiliser la force contre un autre pays que dans deux cas : les situations de légitime défense et lorsque le Conseil de sécurité autorise l’usage de la force.

[37] Both professors observe that the United States did not invoke self-defence as a legal justification for its military intervention in Iraq. They further argue that none of the Security Council resolutions relied upon by the United States to justify its conduct condoned military action against Iraq in the present circumstances. The professors specifically refer to Security Council Resolution 1441 (2002), which recognizes further breaches by Iraq of its disarmament obligations, and requires that any further non-compliance be reported to the Security Council for reassessment. Although this resolution does not expressly contemplate the need for an additional resolution authorizing force, the professors argue that, given the deep disagreements that led to the adoption of this compromise resolution, it is impossible to read the resolution as either an express or implied authority for the use of force.

[38] One of the professors also discusses a developing view of humanitarian intervention as a third possible justification for one State to use armed force against another. However, the professor observes that President Bush made no attempt to justify the American invasion of Iraq as a humanitarian intervention.

[39] Both professors conclude that, in the absence of either Security Council approval or a sound case for self-defence, no legal justification exists for the war in Iraq. As a consequence, each concludes that the American invasion of Iraq was carried out in violation of the prohibition on the use of force enshrined in Article 2, paragraph 4 of the UN Charter, and was thus illegal.

[40] The other evidence which the applicants sought to adduce was to a similar effect.

[41] The Board decided to address the admissibility of this evidence in advance of the hearing, receiving submissions on the following question:

[37] Les deux professeurs font remarquer que les États-Unis n'ont pas invoqué la légitime défense pour justifier sur le plan juridique leur intervention militaire en Irak. Ils soutiennent également qu'aucune des résolutions du Conseil de sécurité invoquées par les États-Unis pour justifier leur conduite n'autorisait une intervention militaire en Irak dans les circonstances. Les professeurs font expressément référence à la résolution 1441 (2002) du Conseil de sécurité, qui reconnaît que l'Irak n'a pas respecté ses obligations en matière de désarmement et qui prévoit que toute violation ultérieure doit être signalée au Conseil de sécurité en vue de réévaluer la situation. Cette résolution n'envisage pas expressément la nécessité d'adopter une autre résolution autorisant l'usage de la force, mais les professeurs soutiennent que, compte tenu du profond désaccord qu'a entraîné l'adoption de cette résolution de compromis, il est impossible d'interpréter la résolution comme si elle autorisait, expressément ou implicitement, le recours à la force.

[38] Un des professeurs examine également la nouvelle théorie selon laquelle l'intervention humanitaire est un troisième cas susceptible de justifier l'usage de la force par un État contre un autre. Le professeur fait toutefois remarquer que le président Bush n'a aucunement tenté de justifier l'invasion américaine de l'Irak en la qualifiant d'intervention humanitaire.

[39] Les deux professeurs concluent qu'en l'absence d'autorisation du Conseil de sécurité ou d'éléments de preuve montrant qu'il s'agit d'un cas de légitime défense, la guerre en Irak ne repose sur aucune base juridique. Par conséquent, les deux professeurs concluent que l'invasion de l'Irak par les États-Unis constitue une violation de l'interdiction du recours à la force consacrée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte l'ONU, et était donc illégale.

[40] Les autres éléments de preuve que les demandeurs souhaitaient présenter allaient dans le même sens.

[41] La Commission a décidé de se prononcer sur l'admissibilité de ces éléments de preuve avant de tenir l'audience, et elle a reçu des observations portant sur la question suivante :

. . . whether the allegation that the United States' military action in Iraq was not authorized by the UN *Charter* and UN Resolution is relevant to the question of whether it is the type of military action which is condemned by the international community, as contrary to basic rules of human conduct. If it is relevant, how so?

[42] In a lengthy and detailed ruling, the Board answered this question in the negative, determining that the legality of the American military action in Iraq was not relevant to the question of whether it was "the type of military action" which is "condemned by the international community, as contrary to basic rules of human conduct", within the meaning of paragraph 171 of the United Nations High Commission 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*, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees; Geneva, reedited January 1992.

[43] Paragraph 171 of the Handbook provides that:

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

[44] The Board found that when Canadian and international courts have considered this provision in order to determine whether an individual meets the definition of "Convention refugee", it has almost invariably been the nature of the acts that the evading or deserting soldier would be expected to perform or be complicit in, rather than the legality of the conflict as a whole, that have dictated the result.

[45] Based upon this understanding of the relevant test, the Board found that evidence as to the alleged

[. . .] l'allégation selon laquelle l'intervention militaire des États-Unis en Irak n'était pas autorisée par la Charte des Nations Unies ni par une résolution des Nations Unies est-elle pertinente quant à savoir s'il s'agit là d'un type d'action militaire qui est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires. Si cette allégation est pertinente, dans quelle mesure l'est-elle?

[42] La Commission a rendu une longue décision très fouillée, dans laquelle elle répond à cette question par la négative, et juge que la légalité de l'intervention militaire américaine en Irak n'est pas pertinente quant à savoir si elle constituait le « type d'action militaire » qui est « condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires », au sens du paragraphe 171 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, réédition janvier 1992.

[43] Le paragraphe 171 du Guide énonce :

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

[44] La Commission a jugé que les juridictions canadiennes et internationales qui ont examiné cette disposition pour décider si la personne en question répondait à la définition de « réfugié au sens de la Convention » se sont presque toujours fondées, pour trancher cette question, sur la nature des actes que l'insoumis ou le déserteur serait amené à accomplir, directement ou non, plutôt que sur la légalité du conflit pris dans son ensemble.

[45] La Commission a interprété de cette façon le critère applicable et jugé que les éléments de preuve

illegality of the war in Iraq was not relevant to the analysis to be carried out in accordance with paragraph 171 of the Handbook.

[46] The Board also rejected Mr. Hinzman's submission that the alleged illegality of the war in Iraq was relevant to his claim because it made it more likely that there would be widespread and systematic violations of international humanitarian law going on in Iraq, in which Mr. Hinzman himself would be required to participate. In the Board's view, this argument was purely speculative.

[47] As a consequence, the Board refused to admit the evidence regarding the legality of the American military action in Iraq, ruling that this evidence was irrelevant to the applicants' refugee claims.

IV. The Board's decision with respect to the merits of the applicants' claims

[48] The Board identified four substantive issues raised by the applicants' refugee claims. These were:

1. Had Mr. Hinzman rebutted the legal presumption that the Government of the United States would be willing and able to protect him?

2. Was Mr. Hinzman a Convention refugee? That is, did he have a well-founded fear of persecution by the American government and its military because of his political opinion, religion, or membership in a particular social group, namely conscientious objectors to military service in the United States Army?

3. Is the type of military action with which Mr. Hinzman does not wish to be associated condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct within the meaning of paragraph 171 of the UNHCR Handbook?

4. Is Mr. Hinzman a person in need of protection, in that his removal to the United States would subject him

concernant la prétendue illégalité de la guerre en Irak n'étaient pas pertinentes eu égard à l'analyse qu'appelle le paragraphe 171 du Guide.

[46] La Commission a également rejeté l'argument de M. Hinzman selon lequel la prétendue illégalité de la guerre en Irak était pertinente eu égard à sa demande parce que cette illégalité rendrait beaucoup plus probable que se commettent en Irak des violations systématiques et généralisées du droit humanitaire international, auxquelles M. Hinzman serait lui-même appelé à participer. La Commission a estimé que cet argument était purement hypothétique.

[47] La Commission a donc refusé d'admettre les éléments de preuve touchant la légalité de l'action militaire américaine en Irak, et a déclaré que ces éléments n'étaient pas pertinents eu égard aux demandes d'asile présentées par les demandeurs.

IV. La décision de la Commission sur le bien-fondé des demandes des demandeurs

[48] La Commission a formulé ainsi les quatre questions substantielles que soulevaient les demandes d'asile présentées par les demandeurs :

1. M. Hinzman a-t-il réfuté la présomption légale selon laquelle le gouvernement des États-Unis serait disposé à assurer sa protection et en mesure de le faire?

2. M. Hinzman était-il un réfugié au sens de la Convention? Plus précisément, craignait-il avec raison d'être persécuté par le gouvernement américain et son armée du fait de ses opinions politiques, de sa religion ou de son appartenance à un groupe social, à savoir les objecteurs de conscience au service militaire dans l'armée des États-Unis?

3. Le type d'action militaire auquel M. Hinzman ne veut pas être associé est-il condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, au sens du paragraphe 171 du Guide du HCNUR?

4. M. Hinzman est-il une personne à protéger, c'est-à-dire serait-il personnellement, par son renvoi aux

personally to a risk of cruel and unusual treatment or punishment by the American government and its military? In this regard, the Board also considered whether the risk of punishment for desertion faced by Mr. Hinzman was inherent or incidental to lawful sanctions imposed in conformity with accepted international standards.

[49] In so far as the other applicants were concerned, the Board characterized the issues presented by their claims as firstly, whether there was a serious possibility that they would be persecuted because of their membership in a particular social group, namely members of Mr. Hinzman's family, and secondly, whether they were persons in need of protection because of a risk to their lives or a risk of cruel and unusual treatment or punishment.

i) State protection

[50] With respect to the issue of State protection, the Board noted that the responsibility to provide international protection is only engaged when State protection is not available to a claimant in his or her home country. The Board further observed that there is a rebuttable presumption in refugee law that, in the absence of a complete breakdown of the State apparatus, a State will be able to protect its own nationals. Moreover, the more democratic the State, the greater the obligation on a claimant to exhaust all courses of action available in the claimant's country of origin, prior to seeking refugee protection abroad.

[51] Citing the decision of the Federal Court of Appeal in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, the Board found that refugee claimants from the United States must establish the existence of "exceptional circumstances", such that the claimant would not have access to a fair and independent judicial process.

[52] That is, Mr. Hinzman would have to establish that he would not have full access to due process, or that the law would be applied against him in a discriminatory

États-Unis, exposé à un risque de traitements ou peines cruels et inusités de la part du gouvernement américain et de son armée? Sur ce point, la Commission a également examiné la question de savoir si la peine qui risque d'être imposée à M. Hinzman pour sa désertion est accessoire ou inhérente aux sanctions légitimes qui seraient infligées conformément aux normes internationales reconnues.

[49] En ce qui concerne les autres demandeurs, la Commission a formulé les questions soulevées par leurs demandes de la façon suivante : premièrement, existait-il une sérieuse possibilité qu'ils soient persécutés en raison de leur appartenance à un groupe social, à savoir la famille de M. Hinzman, et deuxièmement, étaient-ils des personnes à protéger parce qu'ils étaient exposés à une menace à leur vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités?

i) La protection de l'État

[50] Pour ce qui est de la protection de l'État, la Commission a noté que la responsabilité d'assurer une protection internationale ne s'applique que lorsque le demandeur n'a pas accès à la protection de l'État dans son pays d'origine. La Commission a également fait remarquer que, selon le droit applicable aux réfugiés, il existe une présomption réfutable selon laquelle, à l'exception des situations où l'État connaît un effondrement complet, l'État est en mesure de protéger ses ressortissants. En outre, plus l'État en cause est démocratique, plus il incombe au demandeur d'épuiser tous les recours qu'il peut exercer dans son pays d'origine, avant de demander à l'étranger la protection accordée aux réfugiés.

[51] La Commission a cité l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (QL), et jugé que les demandeurs d'asile originaires des États-Unis devaient établir l'existence de « circonstances exceptionnelles » permettant de conclure qu'ils n'auront pas accès à un processus judiciaire juste et impartial.

[52] Cela veut dire que M. Hinzman serait tenu d'établir qu'il n'aurait pas accès à un processus équitable ou que le droit lui serait appliqué de façon

manner, if he were to return to the United States and face court-martial proceedings. The Board found that the *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) and the *Manual for Courts-Martial, United States, 2002 Edition* reveal a sophisticated military justice system that respects the rights of service personnel, and guarantees appellate review, including limited access to the United States Supreme Court.

[53] Noting that the UCMJ is a law of general application, the Board then reviewed the approach set out by the Federal Court of Appeal in *Zolfagharkhani*, to determine whether the prosecution of Mr. Hinzman under an ordinary law of general application would amount to persecution.

[54] The Board thus found that the onus was on Mr. Hinzman to show that the American law was either inherently persecutory, or for some other reason was persecutory in relation to a Convention ground. In the Board's view, he had failed to satisfy this onus.

[55] In coming to this conclusion, the Board found that Mr. Hinzman had not brought forward any evidence to support his allegation that he would not be accorded the full protection of the law in the court-martial process.

[56] The Board also observed that the United States has military regulations in place that allow for exemption from military service, as well as for alternative, non-combatant service for persons who can invoke genuine reasons of conscience. The regulations also recognize that conscientious objections can be long-standing, or can result from an evolution in a person's belief system resulting from their military experiences.

[57] The Board recognized that American military regulations do not permit a conscientious objection to be founded on an individual's objection to a particular war, noting that this limitation had been upheld by the Supreme Court of the United States in the Vietnam-war era decision in *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437

discriminatoire, s'il devait retourner aux États-Unis et être traduit en justice devant une cour martiale. La Commission a jugé que l'*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) et le *Manual for Courts-Martial, United States, 2002 Edition*, décrivaient un système judiciaire militaire sophistiqué qui respecte les droits des militaires, garantit un appel et accorde un accès limité à la Cour suprême des États-Unis.

[53] Après avoir noté que l'UCMJ était une loi d'application générale, la Commission a examiné l'approche exposée par la Cour d'appel fédérale dans *Zolfagharkhani*, pour décider si le fait de poursuivre M. Hinzman en vertu d'une loi ordinaire d'application générale constituait de la persécution.

[54] La Commission a ainsi conclu qu'il incombait à M. Hinzman de démontrer que la loi américaine était assimilable à de la persécution, soit par sa nature même, soit pour quelque autre raison liée à un motif énuméré dans la Convention. La Commission a estimé qu'il ne s'était pas acquitté de ce fardeau.

[55] La Commission en est arrivée à cette conclusion en jugeant que M. Hinzman n'avait pas présenté de preuve susceptible d'étayer son allégation selon laquelle il ne bénéficierait pas de la pleine protection de la loi devant une cour martiale.

[56] La Commission a également fait remarquer que les États-Unis ont adopté un règlement militaire qui permet de dispenser du service militaire les personnes en mesure d'invoquer d'authentiques motifs de conscience et qui prévoit également pour ces personnes la possibilité d'accomplir leur service à titre de non-combattant. Le règlement reconnaît également que les objections de conscience peut avoir des origines lointaines ou résulter de l'évolution des convictions de la personne en cause à la suite de son expérience militaire.

[57] La Commission a reconnu que le règlement militaire américain ne permet pas qu'une objection de conscience puisse être fondée sur le fait que l'individu en cause s'oppose à une guerre particulière, et a noté que cette restriction a été déclarée constitutionnelle par la Cour suprême des États-Unis dans une décision

(1971).

[58] The Board concluded that Mr. Hinzman had failed to offer sufficient evidence to establish that he was denied due process with respect to his application for non-combatant status, or that he would be denied due process or be treated differentially, were he to return to the United States and be court-martialled.

[59] Having failed to rebut the presumption that State protection would be available to him in the United States, it followed that Mr. Hinzman's claim under both sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] had to be dismissed.

ii) Did Mr. Hinzman have a well-founded fear of persecution in the United States?

[60] Even though the Board's conclusion on the issue of State protection was determinative of the applicants' claims, the Board went on to consider the other issues raised by the claims, starting with the question of whether any punishment that would be imposed upon Mr. Hinzman as a consequence of his refusal to serve in a combative capacity in Iraq would be inherently persecutory, given his political and moral views.

[61] The Board also considered Mr. Hinzman's argument that had he gone to Iraq, he would have been ordered to engage in offensive operations, contrary to his genuine convictions against killing other than in self-defence, and that this would also have amounted to persecution.

[62] The Board began by reviewing the relevant paragraphs of the UNHCR Handbook, the full text of which are appended to this decision. In this regard, the Board noted that, in certain circumstances, the political and religious beliefs of an individual may be grounds for refusing military service, and may also form the foundation for a successful refugee claim.

remontant à l'époque de la guerre du Vietnam, *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971).

[58] La Commission a conclu que M. Hinzman n'avait pas présenté d'éléments de preuve suffisants pour établir que l'examen de sa demande de statut de non-combattant n'avait pas été équitable ou qu'il ne pourrait avoir le bénéfice de l'équité procédurale ou qu'il serait traité de façon discriminatoire s'il retournait aux États-Unis et comparait devant une cour martiale.

[59] Étant donné que M. Hinzman n'avait pas réfuté la présomption selon laquelle il bénéficierait de la protection de l'État aux États-Unis, la demande qu'il avait présentée en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] devait être rejetée.

ii) M. Hinzman craignait-il avec raison d'être persécuté aux États-Unis?

[60] La conclusion à laquelle la Commission en était arrivée sur la question de la protection de l'État lui permettait de trancher les demandes, mais elle a examiné les autres questions soulevées par les demandes, en commençant par celle de savoir si la peine qui serait infligée à M. Hinzman en raison de son refus d'accomplir son service militaire en Irak à titre de combattant équivaudrait en soi à de la persécution, compte tenu de ses convictions politiques et morales.

[61] La Commission a également examiné l'argument de M. Hinzman selon lequel, s'il s'était rendu en Irak, il aurait reçu l'ordre de participer à des opérations offensives, ce qui irait à l'encontre de ses convictions profondes qui lui interdisent de tuer autrement qu'en cas de légitime défense et que cela aurait également constitué de la persécution.

[62] La Commission a commencé par examiner les paragraphes pertinents du Guide du HCNU, dont le texte est reproduit intégralement en annexe de la présente décision. La Commission a noté sur ce point que, dans certaines circonstances, les convictions politiques et religieuses d'une personne peuvent constituer des motifs justifiant le refus d'accomplir son

[63] The Board then proceeded to examine Mr. Hinzman's own beliefs. In this regard, the Board found Mr. Hinzman to be an intelligent and thoughtful individual, whose moral code was in a state of evolution.

[64] Based upon statements made by Mr. Hinzman in his PIF, at his conscientious objector hearing in Afghanistan, and at his refugee hearing, the Board found that Mr. Hinzman decided to desert because he was opposed to the American military incursion into Iraq, and not because he was opposed to war in general. While accepting the sincerity of Mr. Hinzman's objections to participating in the war in Iraq, the Board went on to find that Mr. Hinzman's position was "inherently contradictory".

[65] In this regard, the Board noted that while Mr. Hinzman was of the view that the military occupation of Iraq was illegal, and that, as a result, any actions that he might take in relation to the war would therefore also be illegal, he was nevertheless prepared to serve in Iraq in a non-combatant role.

[66] Citing the decision of this Court in *Ciric v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 65 (T.D.), the Board held that one cannot be a selective conscientious objector. The Board further found that Mr. Hinzman's failure to pursue his conscientious objector application in the United States, and his resumption of regular infantry duties on his return from Afghanistan, were each inconsistent with his claim to be a conscientious objector.

[67] In addition, the Board found that Mr. Hinzman had also not properly explained why he had not sought an adjournment of his conscientious objector hearing in Afghanistan. Moreover, the Board rejected as "unacceptable" Mr. Hinzman's explanation that he had not investigated possible avenues of appeal in relation to the negative decision he had received because he was "worn out".

service militaire et peuvent également entraîner la reconnaissance du statut de réfugié.

[63] La Commission a alors examiné les convictions de M. Hinzman. La Commission a conclu sur ce point que M. Hinzman était une personne intelligente et réfléchie, dont le code moral avait évolué.

[64] La Commission s'est fondée sur les déclarations faites par M. Hinzman dans son FRP, lors de son audience relative à son objection de conscience en Afghanistan et au cours de l'audience relative à sa demande d'asile, et elle a jugé que M. Hinzman avait décidé de désert parce qu'il s'opposait à l'intervention militaire américaine en Irak et non pas parce qu'il s'opposait à la guerre d'une façon générale. Tout en reconnaissant que les objections qu'opposait M. Hinzman à toute participation à la guerre en Irak étaient sincères, la Commission a conclu que la position adoptée par M. Hinzman était « en soi contradictoire ».

[65] La Commission a noté sur ce point que M. Hinzman estimait que l'occupation militaire de l'Irak était illégale et que, par conséquent, les gestes qu'il aurait été amené à poser dans le cadre de cette guerre auraient également été illégaux mais qu'il était tout de même prêt à servir en Irak à titre de non-combattant.

[66] La Commission a cité la décision de la Cour dans *Ciric c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 65 (1^{re} inst.) et elle a jugé qu'on ne peut être un objecteur de conscience sélectif. La Commission a également estimé que le fait qu'il n'ait pas donné suite à sa demande de statut d'objecteur de conscience aux États-Unis et qu'il ait repris ses activités régulières de fantassin à son retour d'Afghanistan n'était pas compatible avec son affirmation selon laquelle il est un objecteur de conscience.

[67] De plus, la Commission a jugé que M. Hinzman n'avait pas non plus expliqué de façon satisfaisante pourquoi il n'avait pas demandé l'ajournement de l'audience relative à la demande d'objecteur de conscience en Afghanistan. En outre, la Commission a qualifié d'« inacceptable » l'explication qu'a fournie M. Hinzman au sujet du fait qu'il ne s'était pas renseigné sur les possibilités d'interjeter appel de la décision

[68] Thus, while seemingly accepting the sincerity of Mr. Hinzman's objections to participating in the war in Iraq, the Board nevertheless concluded that Mr. Hinzman was not a conscientious objector because he was not opposed to war in any form, or to the bearing of arms, due to his genuine political, religious or moral convictions, and that, as a result, any punishment for desertion would not be inherently persecutory.

(iii) Paragraph 171 of the UNHCR Handbook

[69] The Board also rejected Mr. Hinzman's assertion that the type of military action with which he did not wish to be associated in Iraq—that is, the specific acts that he would personally have been called upon to perform—were ones that were “condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct”, as that phrase is used in paragraph 171 of the UNHCR Handbook, and that, as a result, any punishment that he might receive for deserting would be persecutory.

[70] In support of his contention that he could well have been called upon to commit human rights violations, had he gone to Iraq, Mr. Hinzman pointed to evidence regarding conditions at the Guantanamo prison facility in Cuba, to incidents of torture at the Abu Ghraib prison in Iraq, and to two legal opinions prepared by the American Department of Justice (the Gonzales opinions), suggesting that the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [[1987] Can. T.S. No. 36] might not apply to the interrogation of “enemy combatants” held by the United States.

[71] According to Mr. Hinzman, this evidence demonstrates that the United States has conducted itself with relative impunity, and has evidenced a complete disregard for international norms in its conduct on the various fronts of its “War Against Terror”.

négative dont il avait fait l'objet parce qu'il était « épuisé ».

[68] Ainsi, la Commission a apparemment accepté le fait que les objections de M. Hinzman à toute participation à la guerre en Irak étaient sincères, mais elle a néanmoins conclu que M. Hinzman n'était pas un objecteur de conscience parce qu'il ne s'opposait pas à la guerre sous toutes ses formes, ou au fait de porter les armes, en raison de convictions politiques, religieuses ou morales authentiques, et que, par conséquent, la peine qui pourrait lui être imposée en raison de sa désertion ne constituerait pas, en soi, de la persécution.

iii) Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR

[69] La Commission a également rejeté l'argument de M. Hinzman selon lequel le type d'action militaire auquel il ne voulait pas s'associer en Irak—soit les actes précis qu'il aurait été personnellement appelé à accomplir—était « condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires », l'expression que l'on retrouve au paragraphe 171 du Guide du HCNUR et que, par conséquent, la peine qu'il pourrait recevoir en raison de sa désertion constituerait de la persécution.

[70] À l'appui de son affirmation selon laquelle il aurait fort bien pu être appelé à commettre des violations des droits de la personne s'il était allé en Irak, M. Hinzman fait référence aux éléments de preuve concernant la situation dans la prison de Guantanamo, à Cuba, aux cas de torture relevés dans la prison d'Abu Ghraib en Irak et à deux avis juridiques préparés par le ministère de la Justice américain (les avis Gonzales), selon lesquels la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [[1987] R.T. Can. n° 36], ne s'applique pas nécessairement à l'interrogatoire des « combattants ennemis » détenus par les États-Unis.

[71] D'après M. Hinzman, ces éléments de preuve démontrent que les États-Unis se sont conduits avec une impunité relative et ont manifesté un mépris total pour les normes internationales dans leur conduite sur les divers fronts de leur « guerre contre la terreur ».

[72] Before the Board, Mr. Hinzman contended that if he were required to participate in offensive action in Iraq, potentially killing innocent civilians, he would be excluding himself as a Convention refugee or person in need of protection by virtue of section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. In such circumstances, Mr. Hinzman submitted that any punishment that he might receive for deserting would be persecutory *per se*.

[73] After reviewing the evidence adduced by Mr. Hinzman, the Board concluded that Mr. Hinzman had not shown that the United States had, either as a matter of deliberate policy or official indifference, required or allowed its combatants to engage in widespread actions in violation of international humanitarian law. Citing the decision of this Court in *Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.) the Board noted that isolated instances of serious violations of international humanitarian law will not amount to military activity that is condoned in a general way by the State.

[74] In coming to this conclusion, the Board considered the findings of a Human Rights Watch report that documented the killing of civilians by American forces in Iraq. While observing that there had been questionable deaths, the report acknowledged that the American military has taken steps to reduce civilian deaths, and to investigate specific incidents where deaths had occurred.

[75] The Board further noted that the use of “embedded” media representatives in Iraq indicated an attitude of openness and accountability on the part of the American military.

[76] Finally, the Board reviewed the evidence of United States Marine Corps Staff Sergeant Jimmy Massey, who served with Mr. Hinzman’s division in Iraq, and was involved in manning a vehicle checkpoint. The Board accepted Staff Sergeant Massey’s testimony that the standard operating procedure at such

[72] Devant la Commission, M. Hinzman a soutenu que s’il était tenu de participer à des actions offensives en Irak, en risquant de tuer des civils innocents, il ne pourrait être reconnu, à cause de ces actes, comme ayant la qualité de réfugié au sens de la Convention ou d’une personne à protéger aux termes de l’article 98 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Dans de telles circonstances, M. Hinzman a soutenu que la peine qui pourrait lui être imposée pour sa désertion constituerait nécessairement de la persécution.

[73] Après avoir examiné les éléments de preuve présentés par M. Hinzman, la Commission a conclu que M. Hinzman n’avait pas démontré que les États-Unis avaient, soit en raison d’une politique délibérée, soit par indifférence des responsables, exigé de ses combattants qu’ils commettent des violations généralisées du droit humanitaire international ou leur avait permis de le faire. La Commission a cité la décision *Popov c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst.) (QL), et noté que le fait qu’il y ait des cas isolés de violations graves du droit humanitaire international ne veut pas dire que l’État en question tolère en général ce type d’activité militaire.

[74] La Commission en est arrivée à cette conclusion après avoir examiné les constatations d’un rapport de Human Rights Watch faisant état de meurtres de civils par les forces américaines en Irak. Tout en faisant remarquer qu’il y avait des décès suscitant des interrogations, les auteurs du rapport reconnaissaient que l’armée américaine avait pris des mesures pour réduire le nombre des civils tués et pour faire enquête au sujet de ces morts.

[75] La Commission a également noté que la pratique consistant à intégrer des représentants des médias dans les forces armées en Irak reflétait une attitude d’ouverture et de responsabilité de la part de l’armée américaine.

[76] Enfin, la Commission a examiné le témoignage de Jimmy Massey, sergent d’état-major du corps des Marines des États-Unis, qui faisait partie de la division de M. Hinzman en Irak et avait été affecté à un poste de contrôle des véhicules. La Commission a retenu le témoignage du sergent d’état-major Massey, qui a

checkpoints tried to minimize harm to civilians.

[77] The Board thus concluded that Mr. Hinzman had failed to adduce sufficient evidence to establish that if deployed to Iraq, he would have personally been engaged in, been associated with, or been complicit in acts condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct.

(iv) Punishment for desertion: prosecution or persecution?

[78] Having previously found that Mr. Hinzman was not a conscientious objector, the Board observed that any punishment that he would face would not automatically be persecutory in nature. The Board held that to establish that he faced a risk of persecution, Mr. Hinzman had to establish either that the punishment that he feared he would receive for desertion, if he were returned to the United States, would result from a discriminatory application of the UCMJ, or would amount to cruel or unusual treatment or punishment.

[79] In this regard, the Board noted that Mr. Hinzman had testified that he would likely face between one and five years in a military prison, and that because he had [at paragraph 147] “probably offended . . . military sensibilities”, he would likely be treated more harshly than other deserters.

[80] Noting that the Handbook recognizes that desertion is invariably considered to be a criminal offence, the Board found that penalties for desertion will not ordinarily be considered to be persecutory. However, the Board also observed that paragraph 169 of the Handbook provides that a deserter may be considered to be a refugee if it can be shown that he or she would suffer disproportionately severe punishment for the military offence on account of his or her race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion. A deserter may also be considered to be a refugee where it can be shown that he

déclaré que la procédure d’opération normale appliquée à ces postes de contrôle visait à réduire le plus possible les dommages causés aux civils.

[77] La Commission a donc conclu que M. Hinzman n’avait pas présenté suffisamment d’éléments de preuve pour établir que s’il avait été affecté en Irak, il aurait personnellement commis des actes condamnés par la communauté internationale comme étant contraires aux règles de conduite les plus élémentaires, ou aurait été associé ou complice de ces actes.

(iv) La peine associée à la désertion : poursuite ou persécution?

[78] Après avoir conclu que M. Hinzman n’était pas un objecteur de conscience, la Commission a fait remarquer que la peine qui pourrait lui être imposée ne constituerait pas nécessairement de la persécution. La Commission a jugé que, pour établir le fait qu’il risquait la persécution, M. Hinzman devait démontrer que la peine qu’il craignait de se voir imposer pour désertion, dans le cas où il serait renvoyé aux États-Unis, découlerait d’une application discriminatoire de l’UCMJ ou constituerait une peine ou un traitement cruel ou inusité.

[79] La Commission a noté sur ce point que M. Hinzman avait déclaré qu’il risquait probablement de se voir imposer une peine d’emprisonnement de un à cinq ans dans une prison militaire, et qu’étant donné qu’il avait [au paragraphe 147] « probablement heurté [. . .] les sensibilités militaires », il serait sans doute traité plus durement que les autres déserteurs.

[80] Faisant remarquer que le Guide reconnaît que la désertion constitue toujours une infraction pénale, la Commission conclut que les peines imposées en cas de désertion ne sont habituellement pas considérées comme de la persécution. La Commission fait toutefois remarquer également que le paragraphe 169 du Guide prévoit qu’un déserteur peut 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 ou de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Un déserteur peut

or she has a well-founded fear of persecution on the enumerated grounds, above and beyond the punishment for desertion.

[81] On the totality of the evidence before it, the Board concluded that the treatment or punishment that Mr. Hinzman fears in the United States would be punishment for nothing more than a breach of a neutral law that does not violate human rights, and does not adversely differentiate on a Convention ground, either on its face, or in its application.

[82] The Board did not accept Mr. Hinzman's argument that he would be punished more severely because of the publicity that has surrounded his case, finding that there was insufficient evidence to justify this assertion.

[83] Moreover, the Board concluded that the punitive articles in the UCMJ were not grossly disproportionate to the inherent seriousness of the offence of desertion. Although the UCMJ allows for the theoretical possibility of a sentence of death for desertion, the Board noted that, in practice, the last time a deserter was sentenced to death was during the Second World War.

[84] After reviewing the evidence, including sentences handed down to other American deserters, the Board found that there was less than a mere possibility that Mr. Hinzman would be sentenced to death. Indeed, counsel for Mr. Hinzman admitted that he would not face the death penalty in this case.

[85] Accepting that Mr. Hinzman would likely be sentenced to a prison term of somewhere between one to five years for his desertion, in addition to having to forfeit his pay and be dishonourably discharged, the Board held that Mr. Hinzman had not established that treatment would be persecutory.

également être considéré comme un réfugié s'il peut démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté pour ces motifs, indépendamment de la peine encourue pour désertion.

[81] En se fondant sur l'ensemble des éléments de preuve présentés, la Commission a conclu que le traitement ou la peine que M. Hinzman craignait de recevoir aux États-Unis constituerait une peine sanctionnant la simple violation d'une loi neutre qui ne porte pas atteinte aux droits de la personne et qui n'accorde pas un traitement défavorable à certaines personnes pour un motif énuméré dans la Convention, que ce soit par sa teneur ou par son application.

[82] La Commission n'a pas retenu l'argument de M. Hinzman selon lequel il serait puni plus sévèrement à cause de la publicité dont son cas a fait l'objet, étant donné l'insuffisance des éléments de preuve sur ce point.

[83] La Commission a en outre conclu que les articles punitifs du UCMJ n'étaient pas grossièrement disproportionnés par rapport à la gravité inhérente de l'infraction de désertion. Il est vrai que l'UCMJ autorise en théorie l'infliction de la peine de mort en cas de désertion, mais la Commission note qu'en pratique, la dernière fois qu'un déserteur a été condamné à mort remonte à la Seconde Guerre mondiale.

[84] Après avoir examiné les éléments de preuve, y compris les peines infligées à d'autres déserteurs américains, la Commission a conclu qu'il existait moins qu'une simple possibilité que M. Hinzman soit condamné à mort. En effet, l'avocat de M. Hinzman a admis que celui-ci ne risquait pas la peine de mort dans cette affaire.

[85] La Commission a admis que M. Hinzman serait probablement condamné à une peine d'emprisonnement de un à cinq ans en raison de sa désertion, en plus d'avoir à renoncer à sa solde et d'être exclu de l'armée pour cause d'indignité, et elle a jugé que M. Hinzman n'avait pas démontré que ce traitement constituait de la persécution.

[86] Finally, the Board found that while Mr. Hinzman could ultimately face some employment and societal discrimination as a result of his dishonourable discharge, this also did not amount to persecution.

(v) The claims of the other applicants

[87] The refugee claims of Mr. Hinzman's wife and son were based upon their status as members of his family. The Board found that there was no evidence to suggest that they would be at risk in the United States, even if Mr. Hinzman were to be sentenced to a term of imprisonment. To the extent that they relied on the evidence of Mr. Hinzman to establish their claims, the failure of Mr. Hinzman to establish his claim was fatal to the claims of his immediate family.

V. Issues

[88] The issues raised by the applicants before this Court can be addressed under the following headings:

1. Did the Board err in finding that evidence with respect to the alleged illegality of the American military action in Iraq was irrelevant to the determination that had to be made by the Refugee Protection Division in accordance with paragraph 171 of the UNHCR Handbook?
2. Did the Board err in finding that the applicants had failed to establish that the violations of international humanitarian law committed by the American military in Iraq rise to the level of being systematic or condoned by the State?
3. Did the Board err in imposing too heavy a burden on the applicants to demonstrate that Mr. Hinzman would himself have been involved in unlawful acts, had he gone to Iraq? and

[86] Enfin, la Commission a jugé que M. Hinzman risquait de subir une certaine discrimination sur le plan de l'emploi et dans ses relations sociales en raison de son exclusion de l'armée pour cause d'indignité, mais que cela ne constituait pas non plus de la persécution.

v) Les demandes présentées par les autres demandeurs

[87] Les demandes d'asile présentées par la femme et le fils de M. Hinzman étaient fondées sur leur statut de membres de sa famille. La Commission a jugé qu'il n'y avait pas de preuve donnant à penser qu'ils seraient en danger aux États-Unis, même si M. Hinzman devait être condamné à une peine d'emprisonnement. Dans la mesure où ils se sont fondés sur les éléments de preuve présentés par M. Hinzman pour établir le bien-fondé de leurs demandes, le fait que M. Hinzman n'ait pas réussi à démontrer le bien-fondé de sa demande a été fatal aux demandes présentées par les membres de sa famille immédiate.

V. Les questions en litige

[88] Les questions en litige que les demandeurs ont soulevées devant la Cour peuvent être examinées sous les intitulés suivants :

1. La Commission a-t-elle commis une erreur en statuant que les éléments de preuve relatifs à la prétendue illégalité de l'action militaire américaine en Irak n'étaient pas pertinents eu égard à la décision que devait prendre la Section de la protection des réfugiés en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR?
2. La Commission a-t-elle commis une erreur en jugeant que les demandeurs n'avaient pas réussi à établir que les violations du droit humanitaire international commises par l'armée américaine en Irak avaient un caractère systématique ou étaient tolérées par l'État?
3. La Commission a-t-elle commis une erreur en imposant un fardeau trop lourd aux demandeurs, à savoir celui de démontrer que M. Hinzman aurait lui-même participé à la perpétration d'actes illégaux s'il était allé en Irak?

4. Did the Board err in its analysis of the State protection and persecution issues?

[89] In addition, the question of the appropriate standard of review will have to be addressed in relation to each of these issues.

VI. Did the Board err in finding that evidence as to the alleged illegality of the American military action in Iraq was irrelevant to the determination that had to be made in accordance with paragraph 171 of the UNHCR Handbook?

[90] Before addressing the applicants' submissions on this issue, it is important to observe that paragraph 171 of the Handbook cannot be considered in a vacuum, and must be read in conjunction with the other provisions of the Handbook dealing with "Deserters and Persons avoiding military service".

[91] In particular, for the purposes of this analysis, paragraph 171 has to be read in conjunction with paragraph 170. For ease of reference, the two paragraphs are reproduced here:

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

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

4. La Commission a-t-elle commis une erreur dans son analyse des questions touchant la protection de l'État et la persécution?

[89] En outre, il conviendra d'examiner la question de la norme de contrôle appropriée à chacune de ces questions.

VI. La Commission a-t-elle commis une erreur en statuant que les éléments de preuve relatifs à la prétendue illégalité de l'action militaire américaine en Irak n'étaient pas pertinents à la décision que devait prendre la Section de la protection des réfugiés aux termes du paragraphe 171 du Guide du HCNUR?

[90] Avant d'aborder les arguments que les demandeurs ont présentés sur ce point, il importe de mentionner que le paragraphe 171 du Guide ne peut être examiné de façon isolée; il doit être analysé à la lumière des autres dispositions du Guide qui traitent des « Déserteurs, insoumis, objecteurs de conscience ».

[91] En particulier, pour procéder à cette analyse, il convient de lire le paragraphe 171 avec le paragraphe 170. Les deux paragraphes sont reproduits ici pour la commodité du lecteur :

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

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

(i) The applicants' position

[92] The applicants assert that the evidence that they sought to adduce with respect to the alleged illegality of the American-led war in Iraq would have allowed them to establish that the “military action” with which Mr. Hinzman did not wish to be associated—that is, the war in Iraq—was one that was “condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct”.

[93] Had they been able to establish this, the applicants say, it follows that any punishment that Mr. Hinzman might suffer as a result of his objection to serving in the United States Army would constitute persecution, and that, as a result, the applicants should have been entitled to refugee protection.

[94] According to the applicants, the Board erred in law and improperly fettered its discretion in finding that it was only the legality of the military activities that Mr. Hinzman would himself have been called upon to perform that were germane to its inquiry, and not the legality of the conflict as a whole.

[95] In other words, the applicants say that the Board was wrong to conclude that the “type of military action” mentioned in paragraph 171 refers to “on the ground” violations of international humanitarian law governing the conduct of actions during an armed conflict (*jus in bello*), and not to violations of international law governing the use of force or the prevention of war itself (*jus ad bellum*).

[96] In addition, although the Board found that a decision to go to war was essentially a political one, and that the Board was not entitled to pass judgment on the foreign policies of other countries, the applicants say that the legality of a given war is just that—a legal question—and not a political one.

[97] Moreover, the applicants say, the Board can—and regularly does—make determinations as to the legality of specific wars in the context of assessing

i) La thèse des demandeurs

[92] Les demandeurs affirment que les éléments de preuve qu'ils souhaitaient présenter au sujet de la prétendue illégalité de la guerre lancée par les Américains en Irak leur auraient permis d'établir que « l'action militaire » à laquelle M. Hinzman ne voulait pas être associé—à savoir la guerre en Irak—était une action « condamné[e] par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires ».

[93] S'ils avaient réussi à établir ce fait, les demandeurs affirment que la peine que M. Hinzman risquait de se voir imposer en raison de son refus de servir dans l'armée des États-Unis aurait constitué de la persécution et que, par conséquent, les demandeurs auraient eu droit à la protection accordée aux réfugiés.

[94] D'après les demandeurs, la Commission a commis une erreur de droit et a irrégulièrement limité son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a jugé que seule la légalité des activités militaires que M. Hinzman aurait été amené à exercer, et non pas celle du conflit pris dans son ensemble, concernait son enquête.

[95] Autrement dit, les demandeurs affirment que la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le « type d'action militaire » mentionné au paragraphe 171 fait référence aux violations « sur le terrain » du droit humanitaire international régissant la conduite des actions au cours d'un conflit armé (*jus in bello*) et non aux violations du droit international concernant le recours à la force et la prévention de la guerre (*jus ad bellum*).

[96] En outre, la Commission a jugé que la décision de lancer une guerre était essentiellement de nature politique et que celle-ci n'avait pas le droit de juger les politiques étrangères des autres pays; les demandeurs soutiennent cependant que la légalité d'une guerre donnée est tout simplement une question juridique et non pas politique.

[97] Les demandeurs affirment en outre que la Commission a le pouvoir—un pouvoir qu'elle exerce régulièrement—de se prononcer sur la légalité de

whether refugee claimants should be excluded from refugee protection as a result of having been involved in crimes against peace.

[98] Finally, the applicants point to the decisions of the Federal Court of Appeal in *Al-Maisri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 642 (QL) and of the England and Wales Court of Appeal (Civil Division) in *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69, as authority for the proposition that participation in a non-defensive (i.e. illegal) war will bring a refugee claimant squarely within the ambit of paragraph 171 of the Handbook.

(ii) Preliminary question

[99] Before turning to consider the appropriate interpretation of paragraph 171 of the Handbook, a threshold question arises as to whether any error on the part of the Board in this regard was material to the outcome of the applicants' claims.

[100] In this regard, counsel for the Minister submits that, in light of the evidence that was subsequently placed before the Board as to the specific nature of Mr. Hinzman's personal objections to participating in the war in Iraq, the question of whether the American-led military action in Iraq had been sanctioned by a Security Council resolution ultimately turned out not to be germane to the outcome of this case.

[101] This issue will be considered next.

(iii) In light of the evidence before the Board, was the question of whether the American-led military action in Iraq had been sanctioned by a Security Council resolution ultimately germane to the outcome of this case?

[102] The primary focus of the disputed evidence was the alleged illegality of the American-led military action

guerres particulières lorsqu'elle doit décider si des demandeurs d'asile doivent être exclus de la protection accordée aux réfugiés en raison de leur participation à des crimes contre la paix.

[98] Enfin, les demandeurs invoquent les arrêts *Al-Maisri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 642 (QL), de la Cour d'appel fédérale et *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69, de la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles (division civile), pour affirmer que la participation à une guerre non défensive (c.-à-d. illégale) permet à un demandeur d'asile d'invoquer le paragraphe 171 du Guide.

ii) La question préliminaire

[99] Avant d'examiner l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 171 du Guide, il se pose la question préalable de savoir si l'erreur qu'a pu commettre la Commission sur ce point a joué un rôle déterminant dans l'issue des demandes présentées par les demandeurs.

[100] Sur ce point, l'avocat du ministre soutient que, compte tenu des éléments de preuve présentés par la suite à la Commission au sujet de la nature exacte des objections personnelles qu'entretenait M. Hinzman à l'égard de sa participation à la guerre en Irak, il est apparu que la question de savoir si l'action militaire lancée par les Américains en Irak avait été sanctionnée par une résolution du Conseil de sécurité ne touchait aucunement l'issue de la présente affaire.

[101] Nous allons maintenant examiner cette question.

iii) Compte tenu des éléments de preuve présentés à la Commission, la question de savoir si l'action militaire menée par les Américains en Irak avait été autorisée par une résolution du Conseil de sécurité était-elle finalement pertinente eu égard à l'issue de la présente affaire?

[102] Les éléments de preuve contestés portaient principalement sur la prétendue illégalité de l'action

in Iraq, based largely on the absence of a Security Council resolution authorizing the use of force in that country.

[103] A review of the evidence discloses that Mr. Hinzman went to Afghanistan believing that the American military action in that country was justified, even though he did not know, and evidently did not care, whether or not it had been sanctioned by a Security Council resolution.

[104] In so far as the war in Iraq was concerned, it is not entirely clear from the evidence that Mr. Hinzman knew whether or not the American military action in that country had been sanctioned by a Security Council resolution at the time that he made his decision to desert. What is clear from the evidence, however, is that the absence of such a resolution was not a factor in his decision.

[105] Thus, it appears that Mr. Hinzman's belief that the war in Iraq was wrong was not predicated on the failure of the Security Council to sanction the American-led intervention in that country. Mr. Hinzman himself testified before the Board that even if there had been such a resolution, it would not necessarily have changed his view that the war in Iraq was illegal and immoral: in his eyes, the American involvement in Iraq was wrong "regardless of law".

[106] Does it automatically follow from this that the disputed evidence was necessarily irrelevant to Mr. Hinzman's refugee claim?

[107] To answer this question, it is necessary to have an understanding of the interrelationship between paragraphs 170 and 171 of the Handbook.

[108] Paragraph 170 speaks to the nature and genuineness of the personal, subjective beliefs of the individual, whereas paragraph 171 refers to the objective status of the "military action" in issue. That is, to come within paragraph 170 of the Handbook, the

militaire menée par les Américains en Irak, et découlaient en grande partie de l'absence de résolution du Conseil de sécurité autorisant l'emploi de la force dans ce pays.

[103] Il ressort des éléments de preuve que M. Hinzman est allé en Afghanistan en pensant que l'action militaire américaine dans ce pays était justifiée, même s'il ne savait pas, et bien évidemment ne se souciait pas de savoir, si cette action avait été autorisée par une résolution du Conseil de sécurité.

[104] Pour ce qui est de la guerre en Irak, les éléments de preuve n'indiquent pas clairement si M. Hinzman savait si l'action militaire américaine dans ce pays avait été autorisée par une résolution du Conseil de sécurité à l'époque où il a pris la décision de désert. Ce qui ressort toutefois clairement des éléments de preuve, c'est que l'absence d'une telle résolution n'a pas influencé sa décision.

[105] Il apparaît donc que la conviction de M. Hinzman selon laquelle la guerre en Irak était immorale n'était pas fondée sur le fait que le Conseil de sécurité n'avait pas autorisé l'intervention dirigée par les Américains dans ce pays. M. Hinzman a lui-même déclaré devant la Commission que si une telle résolution avait été adoptée, cela n'aurait pas nécessairement changé son opinion selon laquelle la guerre en Irak était illégale et immorale; à ses yeux, l'intervention américaine en Irak était immorale [TRADUCTION] « quelle qu'en soit la légalité ».

[106] Faut-il en déduire nécessairement que les éléments de preuve contestés n'étaient pas pertinents eu égard à la demande d'asile de M. Hinzman?

[107] Pour répondre à cette question, il faut comprendre l'effet conjugué des paragraphes 170 et 171 du Guide.

[108] Le paragraphe 170 parle de la nature et de l'authenticité des convictions personnelles et subjectives de la personne concernée, tandis que le paragraphe 171 parle du statut objectif de « l'action militaire » en question. Cela signifie que, pour être visé par le

claimant must object to serving in the military because of his or her political, religious or moral convictions, or for sincere reasons of conscience. In this case, the Board accepted that Mr. Hinzman's objections to the war in Iraq were indeed sincere and deeply held, and no issue is taken with respect to that finding.

[109] Mr. Hinzman has therefore brought himself within the provisions of paragraph 170 of the Handbook. This is not enough, however, to entitle him to seek refugee protection, as paragraph 171 is clear that a genuine moral or political objection to serving will not necessarily provide a sufficient basis for claiming refugee status. Paragraph 171 requires that there also be objective evidence to demonstrate that "the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct".

[110] Thus while it may be true that the presence or absence of a Security Council resolution authorizing the use of force in Iraq was not a determining factor in the formulation of Mr. Hinzman's personal belief that the war in Iraq was illegal, it does not automatically follow that evidence as to the lack of such a resolution was necessarily irrelevant, for the purposes of determining whether he met the objective criteria set out in paragraph 171.

[111] As a result, it is still necessary to determine whether the Board erred in its interpretation of paragraph 171 of the Handbook. Specifically, a determination has to be made as to whether, in the circumstances of this case, the phrase "the type of military action" relates solely to "on the ground" actions, or also relates to the legality of the war itself, in which case the disputed evidence would indeed have been relevant. This issue will be addressed next.

(iv) Paragraph 171 of the Handbook—standard of review

[112] In considering this issue, I am first required to determine the appropriate standard of review to be

paragraphe 170 du Guide, le demandeur doit refuser de servir dans l'armée en raison de ses convictions politiques, religieuses ou morales ou pour des raisons de conscience valables. En l'espèce, la Commission a admis que M. Hinzman entretenait des objections véritablement sincères et profondes à l'égard de la guerre en Irak et cette conclusion n'est pas contestée ici.

[109] M. Hinzman a donc démontré qu'il était visé par le paragraphe 170 du Guide. Cela ne lui donne toutefois pas droit à la protection accordée aux réfugiés, étant donné que le paragraphe 171 énonce clairement qu'une conviction morale ou politique authentique ne permet pas toujours de justifier une demande de statut de réfugié. Le paragraphe 171 exige qu'il existe également des éléments de preuve objectifs démontrant que « 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 ».

[110] Ainsi, s'il est peut-être vrai que l'existence ou l'absence d'une résolution du Conseil de sécurité autorisant le recours à la force à Irak n'a pas été un facteur déterminant dans l'acquisition par M. Hinzman d'une conviction personnelle que la guerre en Irak était illégale, il n'en résulte pas automatiquement que les éléments de preuve relatifs à l'absence d'une telle résolution ne sont pas pertinents aux fins de décider s'il répond au critère objectif énoncé au paragraphe 171.

[111] Par conséquent, il y a tout de même lieu de déterminer si la Commission a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 171 du Guide. Plus précisément, il convient de décider si, dans les circonstances de l'affaire, l'expression « type d'action militaire » concerne uniquement les actions menées « sur le terrain » ou si elle fait référence à la légalité de la guerre elle-même, auquel cas les éléments de preuve contestés auraient effectivement été pertinents. C'est la question que nous allons aborder maintenant.

(iv) Le paragraphe 171 du Guide—la norme de contrôle

[112] Pour examiner cette question, je dois d'abord décider quelle est la norme de contrôle applicable à cet

applied to this aspect of the Board's decision. This necessitates identifying the nature of the question that the Board was called upon to answer in this regard.

[113] As is noted above, in determining whether the disputed evidence could have assisted the applicants by bringing Mr. Hinzman within the exception created by paragraph 171 of the Handbook, the question that the Board was called upon to answer was whether, in the circumstances of this case, the phrase "the type of military action" relates solely to "on the ground" actions, or also relates to the legality of the war itself. This is a question of law, and is thus reviewable against the standard of correctness: see *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 37, where the Supreme Court of Canada recently reaffirmed that decisions of the Immigration and Refugee Board relating to questions of law are to be reviewed against the correctness standard.

[114] With this understanding of the appropriate standard of review, I turn now to consider the applicants' arguments as to the proper interpretation of paragraph 171 of the UNHCR Handbook.

(v) The status and purpose of the UNHCR Handbook

[115] Before addressing these arguments, however, it is necessary to start by considering the role that the Handbook plays in the determination of refugee claims in Canada.

[116] In *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593 (at paragraph 46), the Supreme Court of Canada stated that the Handbook:

... has been formed from the cumulative knowledge available concerning the refugee admission procedures and criteria of signatory states. This much-cited guide has been endorsed by the Executive Committee of the UNHCR, including Canada, and has been relied upon for guidance by the courts of signatory nations. Accordingly, the UNHCR Handbook must

aspect de la décision de la Commission. Pour ce faire, il convient d'identifier la nature de la question que la Commission était amenée à trancher sur ce point.

[113] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, pour décider si les éléments de preuve contestés auraient pu être utiles aux demandeurs en faisant en sorte que M. Hinzman soit visé par l'exception créée au paragraphe 171 du Guide, la question que la Commission était appelée à trancher était celle de savoir si, dans les circonstances de l'affaire, l'expression « type d'action militaire » concernait uniquement des actions menées « sur le terrain » ou également la légalité de la guerre elle-même. Il s'agit là d'une question de droit qui doit donc être examinée en fonction de la norme de la décision fondée : voir *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 37, arrêt dans lequel la Cour suprême du Canada a récemment réaffirmé que les décisions de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié sur des questions de droit devaient être examinées selon la norme de la décision fondée.

[114] La norme de contrôle appropriée ayant ainsi été précisée, je vais maintenant examiner les arguments des demandeurs au sujet de l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 171 du Guide du HCNUR.

v) Le statut et l'objet du Guide du HCNUR

[115] Avant d'examiner ces arguments, il convient toutefois de commencer par examiner le rôle que joue le Guide dans le traitement des demandes d'asile au Canada.

[116] Dans *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593 (au paragraphe 46), la Cour suprême du Canada a déclaré que le Guide:

[...] résulte de l'expérience acquise relativement aux procédures et critères d'admission appliqués par les États signataires. Ce guide, souvent cité, a été approuvé par les États membres du comité exécutif du HCNUR, y compris le Canada, et il est utilisé, à titre indicatif, par les tribunaux des États signataires. En conséquence, le Guide du HCNUR doit

be treated as a highly relevant authority in considering refugee admission practices.

[117] It is also necessary to have an understanding of the purpose behind paragraph 171. In this regard, the Handbook provisions dealing with conscientious objection and desertion recognize that, as a general rule, punishment for the breach of a domestic law of general application prohibiting desertion will not necessarily be persecutory, even where the desertion is motivated by a sincere conscientious objection.

[118] There are, however, exceptions to this—where, for example, the punishment that the individual faces is disproportionate, or where the individual faces an increased level of punishment by reason of his or her race, religion or other similar personal attribute.

[119] Paragraph 171 of the Handbook creates a further exception to the general rule, which has been described as the “right not to be a persecutor”: see Mark R. von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared* (The Hague; New York: Martinus Nijhoff, 2002), at pages 124-133.

[120] That is, the structure of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 [Refugee Convention], including the exclusion grounds, requires an interpretation of paragraph 171 of the Handbook that would allow would-be refugees to avoid military actions that would make themselves “persecutors”, and thus excluded from protection under the Convention: von Sternberg, at page 133.

[121] In other words, paragraph 171 makes refugee protection available to individuals who breach domestic laws of general application if compliance with those laws would result in the individual violating accepted international norms: Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, 2nd ed. loose-leaf (Toronto: Butters-

être considéré comme un ouvrage très pertinent dans l’examen des pratiques relatives à l’admission des réfugiés.

[117] Il est également nécessaire de comprendre l’objet qui sous-tend le paragraphe 171. Sur ce point, les dispositions du Guide traitant de l’objection de conscience et de la désertion reconnaissent que, règle générale, la peine découlant de la violation d’une loi nationale d’application générale interdisant la désertion ne constitue pas nécessairement de la persécution, même si la désertion est motivée par une objection de conscience sincère.

[118] Il existe toutefois des exceptions à cette règle—dans le cas, par exemple, où la peine susceptible d’être imposée à la personne concernée est disproportionnée ou lorsque celle-ci risque une peine plus sévère en raison de sa race, de sa religion ou d’autres caractéristiques personnelles semblables.

[119] Le paragraphe 171 du Guide crée une autre exception à la règle générale, qui a été décrite comme étant [TRADUCTION] « le droit de ne pas persécuter » : voir Mark R. von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law : Canadian and United States Case Law Compared* (La Haye; New York : Martinus Nijhoff, 2002), aux pages 124 à 133.

[120] Cela signifie que la structure de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 [Convention sur les réfugiés], y compris les motifs d’exclusion, exige que le paragraphe 171 du Guide soit interprété de façon à permettre aux demandeurs d’asile de refuser de participer à des actions militaires qui en feraient des « persécuteurs » et qui les priveraient de la protection qu’accorde la Convention : von Sternberg, à la page 133.

[121] Autrement dit, le paragraphe 171 a pour effet d’accorder la protection à titre de réfugié aux personnes qui violent les lois nationales d’application générale si le respect de ces lois amenait l’individu concerné à violer les normes internationales généralement acceptées : Lorne Waldman, *Immigration Law and*

worth, 2004) at paragraph 8-212.

[122] Interpreting paragraph 171 of the Handbook in conjunction with the exclusion provisions of the Refugee Convention is the approach favoured by the Council of the European Union. As the English House of Lords observed in *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304, the Joint Position adopted by the Council of the European Union on the harmonised application of the term “refugee” is that refugee protection may be granted on the grounds of conscience in cases of desertion where the performance of the individual’s military duties would lead the person to participate in activities falling under the exclusion clauses in Article 1F of the Refugee Convention. (See *Sepet*, at paragraph 14.)

[123] I acknowledge that the views of the Council of the European Union are not binding on me, but they are nevertheless indicative of the state of international opinion on this issue.

[124] Interpreting the provisions of paragraph 171 in this manner also accords with the preponderance of the Canadian jurisprudence on this issue. Perhaps the leading Canadian authority addressing this question is the decision of the Federal Court of Appeal in *Zolfagharkhani*.

[125] *Zolfagharkhani* involved a claim for refugee protection by an Iranian Kurd who deserted the Iranian army because of the Iranian government’s intention to use chemical weapons in the internal war being waged against the Kurds. The use of chemical weapons had unquestionably been condemned by the international community as evidenced by international conventions such as the *United Nations Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction*, March 26, 1975, [1975] Can. T.S. No. 12.

[126] Even though the applicant worked as a paramedic in the Iranian army, and would have thus not

Practice, 2^e éd., feuilles mobiles (Toronto : Buttersworth, 2004), au paragraphe 8-212.

[122] L’interprétation du paragraphe 171 du Guide à la lumière des dispositions de la Convention sur les réfugiés en matière d’exclusion est d’ailleurs la méthode que préconise le Conseil de l’Union européenne. Comme la Chambre des lords anglaise l’a fait observer dans *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All. E.R. 304, la position conjointe adoptée par le Conseil de l’Union européenne sur l’application harmonisée de l’expression « réfugié » est que l’asile peut être accordé pour des motifs de conscience dans les cas de désertion lorsque l’exécution par la personne en cause de ses obligations militaires amènerait celle-ci à participer à des activités visées par les dispositions d’exclusion de la section F de l’article premier de la Convention sur les réfugiés. (Voir *Sepet*, au paragraphe 14.)

[123] Je reconnais que je ne suis pas liée par les opinions du Conseil de l’Union européenne, mais celles-ci reflètent néanmoins l’état de l’opinion internationale sur cette question.

[124] Une telle interprétation des dispositions du paragraphe 171 est également conforme à la jurisprudence canadienne dominante sur cette question. La décision canadienne qui fait autorité sur cette question est sans doute l’arrêt *Zolfagharkhani*, de la Cour d’appel fédérale.

[125] Dans *Zolfagharkhani*, il s’agissait d’une demande d’asile présentée par un Kurde iranien qui avait déserté l’armée iranienne parce que le gouvernement iranien avait l’intention d’utiliser des armes chimiques dans la guerre civile qu’il livrait aux Kurdes. L’utilisation d’armes chimiques avait clairement été condamnée par la communauté internationale, comme le montraient les conventions internationales comme la *Convention sur l’interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction*, 25 mars 1975, [1975] R.T. Can. n° 12.

[126] Même si le demandeur occupait le poste de travailleur paramédical dans l’armée iranienne et qu’il

been directly responsible for the discharge of the chemical weapons, the Federal Court of Appeal observed that he could nevertheless be called upon to assist fellow soldiers unwittingly caught in the chemical clouds. As a result, Mr. Zolfagharkhani's work as a paramedic would have been of material assistance in advancing the goals of the Iranian forces, by helping the violators of international humanitarian law deal with the side effects of the unlawful weapons.

[127] The Federal Court of Appeal then observed that this level of participation could arguably have led to the exclusion of Mr. Zolfagharkhani from refugee protection for having committed an international crime. As a consequence, the Court found he came within the provisions of paragraph 171 of the Handbook.

[128] The issue was revisited by the Federal Court of Appeal the following year in *Diab v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1277 (QL). In *Diab*, the Court again allowed the appeal of a refugee claimant who refused to be involved in military activities which amounted to crimes against humanity.

[129] In *Radosevic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 74 (T.D.) (QL), this Court dismissed an application for judicial review on the basis that, on the evidence, it was unlikely that the claimant would personally have been called upon to commit atrocities.

[130] Thus these cases clearly establish that direct participation or complicity in military actions that are in violation of international humanitarian law will bring a refugee claimant within the exception contemplated by paragraph 171 of the Handbook. What is less clear is whether the mere participation of a foot-soldier in an illegal war of aggression will also allow a claimant to derive the benefit of the provision.

[131] As was noted earlier, the applicants rely on the decisions of the Federal Court of Appeal in *Al-Maisri*

n'aurait ainsi pas été directement responsable de l'utilisation d'armes chimiques, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer qu'il aurait pu néanmoins être amené à aider les soldats iraniens involontairement exposés à des produits chimiques. Le travail qu'effectuait M. Zolfagharkhani comme travailleur paramédical l'aurait ainsi amené à participer concrètement à la réalisation des objectifs des forces iraniennes en aidant les auteurs de violations du droit humanitaire international à lutter contre les effets secondaires d'armes illégales.

[127] La Cour d'appel fédérale a ensuite fait remarquer que ce type de participation aurait pu empêcher M. Zolfagharkhani de bénéficier de la protection accordée aux réfugiés parce qu'il aurait ainsi commis un crime international. La Cour a donc jugé que les dispositions du paragraphe 171 du Guide lui étaient applicables.

[128] La Cour d'appel fédérale est revenue sur cette question l'année suivante dans *Diab c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1277 (QL). Dans *Diab*, la Cour a encore fait droit à l'appel d'un demandeur d'asile qui avait refusé de participer à des activités militaires assimilables à des crimes contre l'humanité.

[129] Dans *Radosevic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 74 (1^{re} inst.) (QL), la Cour a rejeté une demande de contrôle judiciaire pour le motif que, d'après la preuve, il était peu probable que le demandeur aurait été personnellement amené à commettre des atrocités.

[130] Ces affaires établissent donc clairement que le fait de participer directement à des actions militaires qui constituent des violations du droit humanitaire international, ou d'en être complice, rend applicable au demandeur d'asile l'exception envisagée par le paragraphe 171 du Guide. Il est toutefois plus difficile de savoir si le seul fait de participer en qualité de fantassin à une guerre d'agression illégale permettrait au demandeur d'asile de bénéficier de cette disposition.

[131] Comme je l'ai noté plus haut, les demandeurs se fondent sur les arrêts *Al-Maisri* de la Cour d'appel

and of the English Court of Appeal in *Krotov*, as authority for the proposition that mere participation in a non-defensive (i.e. illegal) war will bring a refugee claimant squarely within the ambit of paragraph 171 of the Handbook.

[132] I will first consider the decision in *Krotov*. Both sides rely heavily on this case in support of their respective positions, and, as a result, it is necessary to look closely at what the decision actually says. Such an examination discloses that, when read fairly, in its entirety, the decision supports the interpretation of paragraph 171 discussed in the preceding paragraphs.

[133] *Krotov* involved a refugee claim by a Russian citizen who had evaded military service. Mr. Krotov objected to his country's involvement in the war in Chechnya based upon his belief that the war was politically motivated, and because it offended his conscience.

[134] In considering an appeal from the denial of Mr. Krotov's claim, the Court of Appeal adopted the view that the test in paragraph 171 is ultimately whether the conduct in question is contrary to international law or international humanitarian law, as opposed to condemnation by the international community, which involves a more politically dependent analysis.

[135] The Court found that propounding the test in terms of actions contrary to international law or international humanitarian law norms applicable in times of war is also consistent with the overall framework of the Refugee Convention, specifically having regard to the exclusion provisions of the Convention.

[136] In this regard the Court stated (at paragraph 39):

It can well be argued that just as an applicant for asylum will not be accorded refugee status if he has committed international crimes as defined in [the Convention], so he should not be denied refugee status if return to his home

fédérale et *Krotov* de la Cour d'appel d'Angleterre, tous deux cités ci-dessus, pour affirmer que le seul fait de participer à une guerre non défensive (c.-à-d. illégale) rend le paragraphe 171 du Guide explicitement applicable à un demandeur d'asile.

[132] Je vais d'abord examiner l'arrêt *Krotov*. Les deux parties invoquent principalement cette affaire à l'appui de leurs arguments respectifs et il y a donc lieu d'examiner de près ce que la décision dit exactement. Cet examen révèle que, lue dans son ensemble et interprétée équitablement, la décision conforte l'interprétation du paragraphe 171 exposée aux paragraphes précédents.

[133] Dans *Krotov*, il s'agissait d'une demande d'asile présentée par un citoyen russe qui avait refusé de faire son service militaire. M. Krotov s'opposait à la participation de son pays à la guerre en Tchétchénie parce qu'il estimait que cette guerre était menée pour des motifs politiques et parce que cela allait contre sa conscience.

[134] La Cour d'appel a examiné l'appel du rejet de la demande de M. Krotov et émis l'opinion que le critère du paragraphe 171 est finalement celui de savoir si la conduite en question est contraire au droit international ou au droit humanitaire international, plutôt que condamnée par la communauté internationale, aspect qui fait appel à une analyse davantage axée sur les aspects politiques.

[135] La Cour a jugé que la formulation de ce critère en termes d'actions contraires au droit international ou aux normes de droit humanitaire international applicables en temps de guerre est également conforme à l'économie générale de la Convention relative aux réfugiés, en particulier compte tenu des dispositions de la Convention en matière d'exclusion.

[136] La Cour a déclaré ce qui suit sur ce point (au paragraphe 39) :

[TRADUCTION] On peut fort bien soutenir que, tout comme le demandeur d'asile ne peut obtenir le statut de réfugié s'il a commis des crimes internationaux au sens de la [Convention], il ne devrait pas non plus se voir refuser le statut de réfugié si,

country would give him no choice other than to participate in the commission of such international crimes, contrary to his genuine convictions and true conscience.

[137] The Court further observed that claims based on a fear of participation in crimes against humanity should be limited to cases where there is a (at paragraph 40):

. . . reasonable fear on the part of the objector that he will be personally involved in such acts, as opposed to a more generalised assertion of fear or opinion based on reported examples of individual excesses of the kind which almost inevitably occur in the course of armed conflict, but which are not such as to amount to the multiple commission of inhumane acts pursuant to or in furtherance of a state policy of authorization or indifference. [Emphasis added.]

[138] In coming to this conclusion, the Court of Appeal relied upon its decision in *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] EWCA Civ 681 (subsequently affirmed by the House of Lords, previously cited), where the Court held that [at paragraph 61]:

. . . it is plain (indeed uncontroversial) that there are circumstances in which a conscientious objector may rightly claim that punishment for draft evasion would amount to persecution: where the military service to which he is called involves acts, with which he may be associated, which are contrary to basic rules of human conduct: where the conditions of military service are themselves so harsh as to amount to persecution on the facts; where the punishment in question is disproportionately harsh or severe. [Emphasis added.]

[139] The Court in *Krotov* concluded by promulgating a three-part test to be used in cases such as this. That is, it must be established that [at paragraph 51]:

. . . (a) 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; (b) . . . they will be punished for refusing to do so and (c) . . . disapproval of such methods and fear of such

en retournant dans son pays d'origine, il serait obligé de participer à la perpétration de crimes internationaux de ce genre, et d'aller ainsi à l'encontre de ses convictions authentiques et de sa conscience.

[137] La Cour a également fait remarquer que les demandes fondées sur la crainte de participer à des crimes contre l'humanité devraient se limiter aux affaires où il existe (au paragraphe 40) :

[TRADUCTION] [. . .] une crainte raisonnable de la part de l'objecteur qu'il sera personnellement amené à participer à de tels actes, plutôt qu'à une manifestation générale de crainte ou d'opinion fondée sur les exemples rapportés d'excès individuels du genre qui se produit presque inévitablement au cours d'un conflit armé mais qui ne sont pas assimilables à la perpétration d'une série d'actes inhumains commis parce que la politique de l'État en question les autorise ou les tolère. [Non souligné dans l'original.]

[138] La Cour d'appel en est arrivée à cette conclusion en se fondant notamment sur l'arrêt *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] EWCA Civ 681 (confirmé par la suite par la Chambre des lords, cité ci-dessus), dans lequel la Cour a déclaré [au paragraphe 61] :

[TRADUCTION] [. . .] il est clair (et même incontestable) qu'il y a des cas où un objecteur de conscience pourrait à juste titre soutenir que le fait d'être puni pour avoir refusé de faire son service militaire constituerait de la persécution; lorsque le service militaire qu'il devait accomplir risque de l'amener à s'associer à des actes qui sont contraires aux règles fondamentales de la conduite humaine; lorsque les conditions dans lesquelles s'effectue le service militaire sont elles-mêmes si dures qu'elles constituent de la persécution dans cette situation; lorsque la peine en question est d'une sévérité disproportionnée. [Non souligné dans l'original.]

[139] Dans *Krotov*, la Cour a conclu en élaborant un critère à trois volets applicable aux affaires de ce genre. Elle a déclaré qu'il convenait d'établir les éléments suivants [au paragraphe 51] :

[TRADUCTION] [. . .] a) 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; b) [. . .] les combattants sont punis s'ils refusent de commettre de tels actes; c) [. . .] le fait

punishment is the genuine reason motivating the refusal of an asylum seeker to serve in the relevant conflict. . . .

[140] It is true that in *Krotov*, the Court of Appeal held that the test should be propounded in terms of acts contrary to both international humanitarian law and international law. This, the applicants say, supports their contention that participation by Mr. Hinzman in an illegal war would bring him within the purview of paragraph 171 of the Handbook.

[141] As will be explained further on in this decision, I am of the view that a refusal to be involved in the commission of a crime against peace could indeed potentially bring a senior member of a government or military within the ambit of paragraph 171. A crime against peace cannot occur without a breach of international law having been committed by the State in question: *R. v. Jones*, [2006] UKHL 16, at paragraph 16. As a result, in the case of a senior official, the legality of the war in issue could well be germane to the claim.

[142] This presupposes, however, that the involvement and level of the individual is such that he or she could be guilty of complicity in a crime against peace. Crimes against peace have been described as “leadership crimes”: *Jones*, at paragraph 16. That is, it is only those with the power to plan, prepare, initiate and wage a war of aggression who are culpable for crimes against peace. Mr. Hinzman was not such an individual. As a result, I am of the view that the reference to breaches of international law in *Krotov* does not assist him.

[143] This then leaves the Federal Court of Appeal’s decision in *Al-Maisri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. Mr. Al-Maisri was a Yemeni citizen, Yemen being one of the few countries to support the 1990 Iraqi invasion of Kuwait. While Mr. Al-Maisri was prepared to fight to protect his own country from foreign aggression, he was not prepared to fight for the defence of Iraq, in a conflict that had involved hostage-taking and mistreatment of the Kuwaiti

de désapprouver ces méthodes et de craindre ce genre de peine est la véritable raison à l’origine du refus du demandeur d’asile de participer au conflit en question. [. . .]

[140] Il est vrai que, dans *Krotov*, la Cour d’appel a déclaré que le critère devrait être formulé en termes d’actes contraires à la fois au droit humanitaire international et au droit international. D’après les demandeurs, cette affirmation vient étayer leur argument selon lequel M. Hinzman serait visé par le paragraphe 171 du Guide s’il participait à une guerre illégale.

[141] Comme je l’expliquerai plus loin dans la présente décision, j’estime que le refus de participer à la perpétration d’un crime contre la paix pourrait effectivement déclencher l’application du paragraphe 171 à un responsable du gouvernement ou des forces armées. Il ne peut y avoir de crime contre la paix sans que l’État en question ait commis une violation du droit international : *R. v. Jones*, [2006] UKHL 16, au paragraphe 16. Par conséquent, dans le cas d’un responsable, la légalité de la guerre en question pourrait fort bien être pertinente eu égard à sa demande.

[142] Cela présuppose toutefois que le poste qu’occupe l’individu en question et la nature de sa participation sont tels qu’il pourrait être reconnu coupable de complicité d’un crime contre la paix. Les crimes contre la paix ont été qualifiés de « crimes des dirigeants » : *Jones*, au paragraphe 16. Cela veut dire que seules les personnes ayant le pouvoir de planifier, préparer, déclencher et mener une guerre d’agression peuvent être déclarées coupables de crimes contre la paix. M. Hinzman n’appartenait pas à cette catégorie. Par conséquent, j’estime que les références à des violations du droit international que l’on trouve dans *Krotov* ne lui sont d’aucun secours.

[143] J’en arrive à la décision de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Al-Maisri c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*. M. Al-Maisri était un citoyen yéménite, le Yémen étant un des rares pays qui a appuyé l’invasion du Koweït par l’Irak en 1990. M. Al-Maisri était prêt à se battre pour protéger son pays contre une agression étrangère mais n’était pas disposé à lutter pour défendre l’Irak, dans un conflit marqué par des prises d’otages et les mauvais traitements infligés au

people. Accordingly, he deserted, came to Canada, and sought refugee protection.

[144] The Immigration and Refugee Board rejected Mr. Al-Maisri's claim, finding that what he faced in Yemen was prosecution and not persecution. His appeal to the Federal Court of Appeal was allowed, with the Court finding that the Board had misapplied the guidance afforded by paragraph 171 of the Handbook when it found that the Iraqi invasion of Kuwait had not been condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct, even though the invasion had been condemned by the United Nations itself. Quoting Professor Hathaway in *The Law of Refugee Status*, (Toronto: Butterworths, 1991 [at pages 180-181]), the Court stated that [at paragraph 6]:

. . . there is a range of military activity which is simply never permissible, in that it violates basic international standards. This includes military action intended to violate basic human rights, ventures in breach of the Geneva Convention standards for the conduct of war, and non-defensive incursions into foreign territory. Where an individual refuses to perform military service which offends fundamental standards of this sort, "punishment for desertion or draft evasion could, in light of all other requirements of the definition, in itself be persecution. [My emphasis.]

[145] The Federal Court of Appeal itself then went on to dispose of the appeal with the following statement [at paragraph 6] :

On the basis of these views, the correctness of which were not challenged, I am persuaded that the Refugee Division erred in concluding that Iraq's actions were not contrary to the basic rules of human conduct. Accordingly, in my view, the punishment for desertion which would likely be visited upon the appellant if he were returned to Yemen, whatever that punishment might be, would amount to persecution of which the appellant has a well-founded fear. [My emphasis.]

[146] Thus, *Al-Maisri* arguably accepts that a non-defensive incursion into foreign territory would constitute a military action condemned by the

peuple koweïtien. Il a donc déserté, est venu au Canada et a demandé l'asile.

[144] La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande de M. Al-Maisri en décidant qu'au Yémen, il risquait d'être poursuivi mais pas d'être persécuté. L'appel qu'il avait interjeté a été accueilli par la Cour d'appel fédérale, qui a jugé que la Commission avait mal appliqué la directive contenue dans le paragraphe 171 du Guide lorsqu'elle a déclaré que l'invasion du Koweït par l'Irak n'avait pas été condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, même si l'invasion avait été condamnée par les Nations Unies. La Cour [au paragraphe 6] a cité le passage suivant de l'ouvrage du professeur Hathaway intitulé *The Law of Refugee Status* (Toronto : Butterworths, 1991, [aux pages 180 et 181]) :

[TRADUCTION] [. . .] Il y a un éventail d'activités militaires qui ne sont tout simplement jamais justifiées, parce qu'elles violent les normes internationales élémentaires. Entrent dans cette catégorie les actions militaires visant à porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne, les opérations qui violent les critères posés dans la Convention de Genève en ce qui concerne le déroulement de la guerre, et les incursions non défensives en territoire étranger. Lorsqu'une personne refuse d'accomplir un service militaire qui est 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. [Non souligné dans l'original.]

[145] La Cour d'appel fédérale a ensuite tranché l'appel en formulant l'observation suivante [au paragraphe 6] :

Sur le fondement de ces opinions, dont la justesse n'a pas été contestée, je suis persuadé que la Section du statut de réfugié a commis une erreur en concluant que les actions de l'Irak n'étaient pas contraires aux règles de conduite les plus élémentaires. En conséquence, j'estime que la peine prévue pour la désertion qui serait probablement infligée au requérant s'il devait retourner au Yémen équivaudrait, indépendamment de la nature de cette peine, à une persécution que l'appelant a raison de craindre de subir. [Non souligné dans l'original.]

[146] Il est donc possible de soutenir que, selon *Al-Maisri*, une incursion de nature non défensive dans un territoire étranger constitue une action militaire

international community as contrary to the basic rules of human conduct, with the result that any punishment visited upon a deserter would be persecutory *per se*.

[147] The Minister says that *Al-Maisri* should not be followed as, in counsel's words, it is "dubious authority" for the proposition that a desire to avoid participation in an illegal war will be sufficient to justify the grant of refugee protection to a deserting soldier. Moreover, counsel contends that there was evidence before the Court as to human rights violations in the form of hostage-taking and the mistreatment of the Kuwaiti people, and that it is not clear what role these "on the ground" breaches of international humanitarian law played in the Court's decision. Counsel also notes that the Court in *Al-Maisri* cites no jurisprudence in support of its conclusions, and further observes that the case has only been considered once in over a decade: see *Zuevich v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 453 (T.D.) (QL).

[148] In my view, I cannot simply disregard a decision of the Federal Court of Appeal for these reasons. Nor can I do as the Board did, and decline to follow the decision because I might not accept the premises on which it is based. That said, a close review of the decision reveals that the Federal Court of Appeal was not called upon to turn its mind directly to the issue before the Court in this case, that is, whether, when one is considering the claim of a low-level "foot-soldier" such as Mr. Hinzman, the legality or illegality of the military conflict in issue is relevant to the analysis that must be carried out in accordance with paragraph 171 of the Handbook.

[149] As a consequence, I am of the view that the decision in *Al-Maisri* is of limited assistance in this case.

[150] For these reasons, I am satisfied that paragraph 171 of the Handbook should be interpreted in light of the exclusion provisions of the Refugee Convention, such that refugee protection is available to those who

condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires et que, par conséquent, toute peine infligée au déserteur constituerait de la persécution en soi.

[147] Le ministre affirme que l'arrêt *Al-Maisri* ne devrait pas être suivi, étant donné qu'il constitue, selon les termes utilisés par l'avocat, un « précédent douteux » à l'appui de la prétention selon laquelle le désir d'éviter de participer à une guerre illégale suffit à justifier l'octroi de l'asile à un déserteur. En outre, l'avocat soutient que des éléments de preuve relatifs à des violations des droits de la personne sous la forme de prises d'otages et de mauvais traitements infligés au peuple koweïtien avaient été présentées à la Cour et qu'il est difficile de savoir exactement le rôle qu'ont joué dans la décision de la Cour ces violations « sur le terrain » du droit humanitaire international. L'avocat note également que, dans *Al-Maisri*, la Cour ne cite aucune jurisprudence pour appuyer ses conclusions. Il fait en outre remarquer que cette affaire n'a été examinée qu'une seule fois en plus de dix ans : voir *Zuevich c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL).

[148] Il me paraît impossible d'écarter un arrêt de la Cour d'appel pour de tels motifs. Je ne peux non plus adopter la position de la Commission et refuser de suivre cette décision parce que j'entretiens certains doutes sur ses fondements. Cela dit, un examen détaillé de cet arrêt indique que la Cour d'appel fédérale n'a pas été amenée à examiner la question précise qui est soumise à la Cour en l'espèce, à savoir si, dans le cas d'une demande présentée par un simple fantassin comme M. Hinzman, la légalité ou l'illégalité du conflit militaire en question doit être prise en compte dans l'analyse fondée sur le paragraphe 171 du Guide.

[149] Par conséquent, j'estime que l'arrêt *Al-Maisri* est d'une utilité limitée en l'espèce.

[150] Pour ces motifs, je suis convaincue qu'il y a lieu d'interpréter le paragraphe 171 du Guide à la lumière des dispositions de la Convention sur les réfugiés en matière d'exclusion, de sorte que l'asile puisse être

breach domestic laws of general application, where compliance with those laws would result in the individual breaching accepted international norms.

[151] If one accepts that paragraph 171 of the Handbook should be interpreted in this fashion, the question then arises as to whether Mr. Hinzman could have been excluded from refugee protection merely for having participated in the war in Iraq, should it be that the American-led military action in that country is, in fact, illegal. This issue will be considered next.

(vi) Individual culpability for crimes against peace

[152] Article 1(F)(a) of the Refugee Convention excludes individuals from protection where there are serious reasons for considering that those individuals have committed crimes against peace, war crimes, or crimes against humanity. The applicants say that had he participated in the war in Iraq, Mr. Hinzman would have been complicit in a crime against peace, and would thus have been excluded from the protection of the Convention.

[153] A review of the jurisprudence in this area does not bear this out.

[154] First of all, no suggestion has been made in this case that the United States Army is an organization that is principally directed to a limited, brutal purpose such that mere membership in the organization could be sufficient to meet the requirements of personal and knowing participation in international crimes: see *Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 79 (T.D.).

[155] Moreover, in 1945, the *Charter of the International Military Tribunal* [Annex of the *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 8 August 1945, 82 U.N.T.S. 279] at Nuremberg defined the elements of the offence of “crime against peace” as the “planning, preparation, initiation or waging of a war of

accordé à ceux qui violent des lois nationales d’application générale lorsque le respect de ces lois les amènerait à violer les normes internationales généralement acceptées.

[151] Si l’on admet qu’il y a lieu d’interpréter le paragraphe 171 du Guide de cette façon, il faut alors se demander si M. Hinzman risquait de se voir refuser la protection accordée aux réfugiés pour le simple fait d’avoir participé à la guerre en Irak, dans le cas où l’action militaire menée par les Américains dans ce pays serait en fait illégale. J’examinerai maintenant cette question.

(vi) La culpabilité individuelle à l’égard des crimes contre la paix

[152] La section Fa) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés refuse toute protection aux personnes à l’égard desquelles il existe des motifs sérieux de croire qu’elles ont commis des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité. Les demandeurs affirment que si M. Hinzman avait participé à la guerre en Irak, il aurait été complice d’un crime contre la paix et se serait donc vu refuser le bénéfice de la protection de la Convention.

[153] L’examen de la jurisprudence sur ce point ne justifie pas cette affirmation.

[154] Tout d’abord, il n’a pas été affirmé en l’espèce que l’armée des États-Unis est une organisation qui recherche principalement des fins limitées et brutales de sorte que le seul fait d’appartenir à cette organisation indique qu’il y a eu participation personnelle et consciente à des crimes internationaux : voir *Penate c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 2 C.F. 79 (1^{re} inst.).

[155] En outre, en 1945, le *Statut du Tribunal militaire international* [annexe de l’*Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe*, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279] de Nuremberg définissait les éléments de l’infraction de « crime contre la paix » comme étant « la direction, la préparation, le

aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy [to do so]”: as cited in Michael J. Davidson, “War and the Doubtful Soldier” (2005);, 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y* 91, at page 123.

[156] Since that time, the jurisprudence developed by international tribunals, including those considering charges of crimes against peace arising out of the military action in Europe and the Far East during the Second World War, has shed further light on when it is that an individual will be held to account for a crime against peace.

[157] In summary, this jurisprudence establishes that an individual must be involved at the policy-making level to be culpable for a crime against peace: see Davidson, at pages 122-124, and the Papers for the Preparatory Commission for the International Criminal Court (the “Princeton Papers”), United Nations Documents PCNICC/2002/WGCA/L.1, and PCNICC/2002/WGCA/L.1/Add.1.

[158] That is, the ordinary foot-soldier such as Mr. Hinzman is not expected to make his or her own personal assessment as to the legality of a conflict in which he or she may be called upon to fight. Similarly, such an individual cannot be held criminally responsible merely for fighting in support of an illegal war, assuming that his or her own personal wartime conduct is otherwise proper: Davidson, at page 125. See also François Bugnion, “*Just Wars, Wars of Aggression, and International Humanitarian Law*” (2002), 84 *International Review of the Red Cross*, No. 847, page 523.

[159] As a consequence, it appears that the legality of a specific military action could potentially be relevant to the refugee claim of an individual who was involved at the policy-making level in the conflict in question, and who sought to avoid involvement in the commission of a crime against peace. However, the illegality of a particular military action will not make mere foot-

déclenchement ou la poursuite d’une guerre d’agression ou d’une guerre de violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou un complot pour l’accomplissement de l’un quelconque des actes qui précèdent » : cité en anglais par Michael J. Davidson dans « War and the Doubtful Soldier » (2005), 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y* 91, à la page 123.

[156] Depuis cette époque, la jurisprudence élaborée par les juridictions internationales, notamment celles qui ont examiné des accusations de crimes contre la paix découlant d’actions militaires en Europe et en Extrême-Orient au cours de la Seconde Guerre mondiale, a précisé les cas dans lesquels un individu peut se voir imputer un crime contre la paix.

[157] En résumé, la jurisprudence indique qu’un individu doit occuper un poste de décision pour pouvoir être déclaré coupable d’un crime contre la paix : voir Davidson, aux pages 122 à 124, et les études effectuées pour la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale (les « études Princeton »), documents des Nations Unies PCNICC/2002/WGCA/L.1, et PCNICC/2002/WGCA/L.1/Add.1.

[158] Un simple fantassin comme M. Hinzman n’est pas tenu de se prononcer personnellement sur la légalité du conflit dans lequel il peut être amené à se battre. De la même façon, une personne dans cette situation ne peut être déclarée pénalement responsable pour la seule raison qu’elle a combattu dans le cadre d’une guerre illégale, en tenant pour acquis que son comportement personnel en temps de guerre a été, pour le reste, régulier : Davidson, à la page 125. Voir également François Bugnion, « *Guerre juste, guerre d’agression et droit international humanitaire* » (2002), 84 *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 847, à la page 523.

[159] Il semble donc que la légalité d’une action militaire particulière pourrait être pertinente eu égard à la demande d’asile présentée par une personne qui occupait un poste de décision au cours du conflit en question et qui souhaitait éviter toute participation à la perpétration d’un crime contre la paix. Toutefois, l’illégalité d’une action militaire particulière ne rendra

soldiers participating in the conflict complicit in crimes against peace.

[160] As a result, there is no merit to the applicants' contention that had Mr. Hinzman participated in the war in Iraq, he would have been complicit in a crime against peace, and should thus be afforded the protection offered by paragraph 171 of the Handbook.

(vii) Other potential relevance of the disputed evidence

[161] Finally, even though Mr. Hinzman never expressed any concern about having to commit breaches of international humanitarian law, had he gone to Iraq, the applicants nevertheless contend that the evidence as to the illegality of the war in Iraq was potentially relevant to their claims, as the willingness of the President of the United States to ignore international law, and the resultant illegality of the American military action in Iraq, made it more likely that Mr. Hinzman would himself have been called upon to participate in violations of international humanitarian law, had he actually gone to Iraq.

[162] That is, the applicants say that the fact that the United States has allegedly acted with a blatant disregard for international law in going into Iraq suggests that members of the American military would be more likely to act with impunity once they got there.

[163] The Board found such a contention to be purely speculative, a finding with which I agree.

(viii) Conclusion

[164] For these reasons, I am satisfied that when one is dealing with a foot-soldier such as Mr. Hinzman, the assessment of the "military action" that has to be carried out in accordance with paragraph 171 of the Handbook relates to the "on the ground" conduct of the soldier in question, and not to the legality of the war itself.

[165] As a consequence, I am satisfied that the Board did not err in finding evidence as to the alleged illegality

pas les simples fantassins qui participent au conflit complices de crimes contre la paix.

[160] Par conséquent, l'argument des demandeurs selon lequel, si M. Hinzman avait participé à la guerre en Irak, il aurait été complice d'un crime contre la paix et devrait donc bénéficier de la protection prévue par le paragraphe 171 du Guide est mal fondé.

vii) Autre caractère pertinent possible des éléments de preuve contestés

[161] Enfin, même si M. Hinzman ne s'est jamais déclaré préoccupé par l'éventualité d'avoir à commettre des violations du droit humanitaire international s'il était allé en Irak, les demandeurs soutiennent néanmoins que les éléments de preuve relatifs à l'illégalité de la guerre en Irak étaient pertinents eu égard à leurs demandes, étant donné que la volonté du président des États-Unis de ne pas tenir compte du droit international et l'illégalité de l'action militaire des Américains en Irak qui en est résulté renforçaient la probabilité que M. Hinzman ait été amené à participer à des violations du droit humanitaire international s'il s'était effectivement rendu en Irak.

[162] Les demandeurs affirment que le fait que les États-Unis auraient agi sans tenir aucunement compte du droit international lorsqu'ils ont décidé d'intervenir en Irak indique que les membres des forces armées américaines risquaient davantage d'agir en toute impunité une fois rendus sur place.

[163] La Commission a jugé que cet argument était de nature purement hypothétique, conclusion à laquelle je souscris.

viii) Conclusion

[164] Pour ces motifs, je suis convaincue que, dans le cas d'un fantassin comme M. Hinzman, l'appréciation de « l'action militaire » qui doit être effectuée conformément au paragraphe 171 du Guide porte sur la conduite « sur le terrain » du soldat en question et non pas sur la légalité de la guerre elle-même.

[165] Par conséquent, je suis convaincue que la Commission n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué

of the American-led military action in Iraq to be irrelevant to the determination that had to be made by the Refugee Protection Division in this case, in accordance with paragraph 171 of the UNHCR Handbook.

[166] When one is considering the case of a mere foot-soldier such as Mr. Hinzman, the focus of the inquiry should be on the law of *jus in bello*, that is, the international humanitarian law that governs the conduct of hostilities during an armed conflict. In this context, the task for the Board will be to consider the nature of the tasks that the individual has been, is, or would likely be called upon to perform “on the ground”.

[167] This then takes us to the second issue raised by the applicants.

VII. Did the Board err in finding that the applicants had failed to establish that the violations of international humanitarian law committed by the American military in Iraq rise to the level of being systematic or condoned by the State?

[168] The Board found that the evidence before it did not establish that the United States has [at paragraph 121], “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 is, that the breaches of international humanitarian law that have been committed by American soldiers in Iraq rise to the level of being either systematic or condoned by the State. This is a finding of fact, and is thus reviewable against the standard of patent unreasonableness: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 40 and *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.).

[169] It is generally accepted that isolated breaches of international humanitarian law are an unfortunate but inevitable reality of war: see *Krotov*, at paragraph 40. See also *Popov v. Canada (Minister of Employment and*

que les éléments de preuve relatifs à la prétendue illégalité de l’action militaire menée par les Américains en Irak n’étaient pas pertinentes quant à la décision que devait prendre la Section de la protection des réfugiés dans la présente affaire, en conformité avec le paragraphe 171 du Guide du HCNUR.

[166] Lorsqu’on examine le cas d’un simple soldat d’infanterie comme M. Hinzman, l’enquête devrait porter sur les règles du *jus in bello*, c’est-à-dire le droit humanitaire international qui régit la conduite des hostilités au cours d’un conflit armé. Dans ce contexte, la Commission aura à examiner la nature des tâches que la personne en question a été amenée, ou serait probablement amenée, à exécuter « sur le terrain ».

[167] Cela nous amène à la deuxième question soulevée par les demandeurs.

VII. La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu’elle a conclu que les demandeurs n’avaient pas établi que les violations du droit humanitaire international commises par l’armée américaine en Irak étaient systématiques ou tolérées par cet État?

[168] La Commission a jugé que les éléments de preuve présentés ne démontraient pas que les États-Unis [au paragraphe 121] « que ce soit par une politique délibérée ou par l’indifférence des autorités [avaient] exigé de leurs combattants qu’ils commettent des actions généralisées de violation du droit humanitaire ou les y ont autorisées », c’est-à-dire que les violations du droit humanitaire international qu’ont commises les soldats américains en Irak étaient systématiques ou tolérées par l’État. Il s’agit là d’une conclusion de fait qui doit donc être examinée selon la norme du caractère manifestement déraisonnable: *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 40 et *Aguebor c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL).

[169] Il est généralement accepté que les violations isolées du droit humanitaire international constituent un aspect regrettable mais inévitable des conflits : voir *Krotov*, au paragraphe 40. Voir également *Popov c.*

Immigration) (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.).

[170] As the British Court of Appeal noted in *Krotov*, at paragraph 51, the availability of refugee protection should be limited to deserters from armed conflicts where the level and nature of the conflict, and the attitude of the relevant government, have reached a point where combatants are, or may be, required, on a sufficiently widespread basis, to breach the basic rules of human conduct (see also *Popov*).

[171] In this case, the applicants say that the Board erred in failing to properly address the evidence before it with respect to the allegedly systematic violations of international humanitarian law committed by members of the American military in Iraq and elsewhere, and further failed to properly consider the evidence of the official condonation of these human rights violations by the American government.

[172] In support of his contention that Mr. Hinzman could well have been called upon to commit human rights violations had he gone to Iraq, the applicants rely, in part, upon evidence regarding conditions at the Guantanamo prison facility in Cuba and at the Abu Ghraib prison in Iraq, as well as the alleged failure of the American government to respect the provisions of the *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949* [being Sch. III of the *Geneva Convention Act*, R.S.C., 1985, c. G-3] in its treatment of the detainees held at those facilities.

[173] The applicants place particular reliance on two legal opinions prepared for the President of the United States by the Office of the Attorney General in January and August of 2002 (the Gonzales opinions). These opinions relate to the supposed unconstitutionality of American domestic legislation implementing the Convention Against Torture, if applied to the interrogation of “enemy combatants” pursuant to the President of the United States’ powers as Commander-in-Chief of the American military.

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst.) (QL).

[170] Comme la Cour d’appel britannique l’a noté dans *Krotov*, au paragraphe 51, l’asile ne devrait être accordé qu’aux déserteurs ayant participé à des conflits armés dans lesquels l’ampleur et la nature du conflit, et l’attitude du gouvernement en cause, sont tels que les combattants sont tenus, ou peuvent être tenus, de violer, sur une base suffisamment généralisée, les règles de conduite les plus élémentaires (voir également *Popov*).

[171] En l’espèce, les demandeurs affirment que la Commission a commis une erreur en n’examinant pas comme elle l’aurait dû les éléments de preuve présentés au sujet de l’allégation selon laquelle il y aurait eu des violations systématiques du droit humanitaire international commises par les membres des forces armées américaines en Irak et ailleurs, et n’a pas examiné comme elle l’aurait dû la preuve indiquant que le gouvernement américain tolérait ces violations des droits de la personne.

[172] À l’appui de leur argument selon lequel M. Hinzman aurait fort bien pu être amené à commettre des violations des droits de la personne s’il était allé en Irak, les demandeurs se fondent en partie sur les éléments de preuve concernant la situation dans l’établissement carcéral de Guantanamo, à Cuba, et dans la prison d’Abu Ghraib, en Irak, ainsi que sur la prétendue omission du gouvernement américain de respecter les dispositions de la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949* [qui est l’annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3], dans le traitement accordé aux personnes détenues dans ces établissements.

[173] Les demandeurs invoquent en particulier deux avis juridiques préparés à l’intention du président des États-Unis par le bureau du procureur général en janvier et août 2002 (les avis Gonzales). Ces avis portent sur la prétendue inconstitutionnalité des dispositions légales américaines visant à mettre en œuvre la Convention contre la torture, lorsqu’elles sont appliquées à l’interrogatoire de « combattants ennemis » conformément au pouvoir qu’exerce le président des États-Unis en qualité de commandant en chef des forces armées américaines.

[174] According to the applicants, these documents demonstrate that the United States has conducted itself with relative impunity, and has evidenced a complete disregard for international norms in its conduct of the various fronts of its so-called “War Against Terror”.

[175] As a general rule, the Board does not have to specifically refer to every piece of evidence, and will be presumed to have considered all of the evidence in coming to its decision: see *Woolaston v. Minister of Manpower and Immigration*, [1973] S.C.R. 102 and *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.).

[176] In this case, the Board did canvas the evidence before it in some detail. While recognizing that violations of international humanitarian law by American soldiers had occurred in Iraq and elsewhere, the Board also noted that the evidence revealed that civilians were not being deliberately targeted by the American military, and that incidents of human rights violations by American military personnel were investigated, and the guilty parties punished.

[177] It is true that the Board did not specifically reference the Gonzales opinions in its reasons. It is also true that the more important the evidence that is not specifically mentioned and analysed in a decision, the more willing a court will be to infer from the silence that the Board made an erroneous finding of fact without regard to the evidence: *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraphs 14-17.

[178] While the content of the Gonzales opinions is unquestionably disturbing, one must not lose sight of the nature of the documents. The opinions are just that—legal opinions prepared for the President of the United States. They do not represent a statement of American policy. In these circumstances, I am not persuaded that the probative value of the Gonzales opinions is such that the failure of the Board to

[174] D’après les demandeurs, ces documents démontrent que les États-Unis se sont conduits avec une impunité relative et ont manifesté un mépris complet pour les normes internationales dans la conduite qu’ils ont adoptée sur les divers fronts de leur prétendue « guerre contre la terreur ».

[175] En règle générale, la Commission n’est pas tenue de faire référence à tous les éléments de preuve et est présumée avoir fondé sa décision sur l’ensemble de la preuve présentée : *Woolaston c. Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1973] R.C.S. 102 et *Hassan c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 946 (C.A.) (QL).

[176] En l’espèce, la Commission a effectivement analysé la preuve présentée de façon détaillée. Tout en reconnaissant que les soldats américains ont commis des violations du droit humanitaire international en Irak et ailleurs, la Commission a fait remarquer que la preuve démontrait que les civils n’avaient pas été délibérément ciblés par les forces armées américaines et que les cas de violations des droits de la personne commises par le personnel militaire américain faisaient l’objet d’enquêtes et que les coupables étaient punis.

[177] Il est vrai que la Commission n’a pas expressément fait référence aux avis Gonzales dans ses motifs. Il est également vrai que, plus les éléments de preuve qui ne sont pas expressément mentionnés et analysés dans une décision sont importants, plus les tribunaux sont disposés à déduire de ce silence que la Commission a tiré une conclusion de fait erronée sans avoir tenu compte de ces éléments : *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1425 (1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 14 à 17.

[178] La teneur des avis Gonzales est indubitablement troublante, mais il ne faut pas perdre de vue la nature de ces documents. Il s’agit simplement d’avis juridiques préparés à l’intention du président des États-Unis. Ils ne représentent pas un énoncé de la politique américaine. En conséquence, je ne suis pas convaincue que la valeur probante des avis Gonzales est telle que l’omission de la part de la Commission de les mentionner expressément

specifically discuss them in its decision amounts to a reviewable error.

VIII. Did the Board err in imposing too heavy a burden on the applicants to demonstrate that Mr. Hinzman would have been involved in unlawful acts, had he gone to Iraq?

[179] The applicants take issue with the Board's finding that Mr. Hinzman (at paragraph 121):

... failed to establish, that if deployed to Iraq, he would have engaged, been associated with, or been complicit in military action, condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct. [Emphasis added.]

[180] The applicants say that in coming to this conclusion, the Board erred by imposing too heavy a burden on them to establish that Mr. Hinzman would himself have been implicated in violations of international humanitarian law. According to the applicants, the decision of the Federal Court of Appeal in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680, establishes that they need only show that there was more than a mere possibility of this occurring.

[181] A question as to the appropriate standard of proof to be applied in a given case is a question of law, and is thus reviewable against the standard of correctness: *Mugesera*, at paragraph 37.

[182] With this in mind, I am satisfied that the Board applied the correct standard of proof in making the finding in issue.

[183] The decision in *Adjei* stands for the proposition that a refugee claimant need only demonstrate that there is more than a mere possibility that the individual would face persecution in his or her country of origin in the future. That is not what the Board was deciding in the disputed paragraph.

dans sa décision constitue une erreur sujette à révision.

VIII. La Commission a-t-elle commis une erreur en imposant un fardeau trop lourd aux demandeurs, à savoir celui de démontrer que M. Hinzman aurait lui-même participé à la perpétration d'actes illégaux s'il était allé en Irak?

[179] Les demandeurs contestent la conclusion de la Commission selon laquelle M. Hinzman (au paragraphe 121) :

[...] n'a pas établi que, s'il avait été déployé en Irak, il aurait participé et été associé à une action militaire, et en aurait été complice, action militaire condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires. [Non souligné dans l'original.]

[180] Les demandeurs affirment qu'en tirant cette conclusion, la Commission a commis une erreur en leur imposant un fardeau trop lourd, à savoir celui d'établir que M. Hinzman aurait lui-même participé à des violations du droit humanitaire international. D'après les demandeurs, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680, établit qu'il leur suffisait de prouver qu'il existait plus qu'une simple possibilité que de tels événements se produisent.

[181] La question de savoir quelle est la norme de preuve appropriée dans une affaire donnée est une question de droit et doit donc être examinée en fonction de la norme de la décision fondée : *Mugesera*, au paragraphe 37.

[182] Ayant cette règle à l'esprit, je suis convaincue que la Commission a appliqué la norme de preuve appropriée lorsqu'elle s'est prononcée sur ce point.

[183] Selon la décision *Adjei*, il suffit que le demandeur d'asile démontre qu'il existe davantage qu'une simple possibilité qu'il subisse de la persécution dans son pays d'origine à l'avenir. Ce n'est pas la question que tranchait la Commission dans le paragraphe contesté.

[184] A distinction has to be drawn between the legal test to be applied in assessing the risk of future persecution, and the standard of proof to be applied with respect to the facts underlying the claim itself. While the legal test for persecution only requires a demonstration that there is more than a mere possibility that the individual will face persecution in the future, the standard of proof applicable to the facts underlying the claim is that of the balance of probabilities: *Adjei*, at page 682. See also *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239 (F.C.A.), at paragraphs 9-14 and 29.

[185] In other words, where, for example, a woman is claiming protection based upon the abuse that she says that she suffered at the hands of her partner, it will not suffice for her to establish that there is more than a mere possibility that she is telling the truth about her past abuse. She must establish the facts underlying her claim on a balance of probabilities. At the same time, she need only show that there is more than the mere possibility that she would face abuse amounting to persecution in the future.

[186] As a consequence, I am not persuaded that the Board erred in this regard.

[187] Moreover, the applicants' argument is premised on it having been established that the violations of international humanitarian law that have taken place in Iraq rise to the level of being systematic or condoned by the State, and that, therefore, an involvement in the war would amount to complicity in a crime. As was discussed in the previous section, I have found that the Board did not err in concluding that this was not, in fact, the case.

IX. Conclusion to this point

[188] Based upon the foregoing analysis, I am satisfied that, as a mere foot-soldier, Mr. Hinzman could not be held to account for any breach of international law committed by the United States in going into Iraq. As a result, in the circumstances of this case, the "type of military action" that is relevant to Mr. Hinzman's

[184] Il convient de faire une distinction entre le critère juridique applicable à l'appréciation du risque de persécution futur et la norme de preuve applicable aux faits sous-jacents à la demande d'asile. Le critère juridique en matière de persécution exige simplement que l'intéressé établisse davantage qu'une simple possibilité qu'il fasse l'objet de persécution à l'avenir, mais la norme de preuve applicable aux faits sous-jacents à la demande est celle de la prépondérance de la preuve : *Adjei*, à la page 682. Voir également *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239 (C.A.F.), aux paragraphes 9 à 14 et 29.

[185] Autrement dit, lorsque, par exemple, une femme demande l'asile en raison des mauvais traitements qu'elle a subis de la part de son partenaire, il ne suffit pas qu'elle établisse qu'il existe davantage qu'une simple possibilité qu'elle dise la vérité au sujet des mauvais traitements qu'elle affirme avoir subis. Elle doit établir les faits sur lesquels repose sa demande selon la prépondérance de la preuve. Parallèlement, elle n'a qu'à démontrer qu'il existe davantage qu'une simple possibilité qu'elle subisse de mauvais traitements constituant de la persécution à l'avenir.

[186] Je ne suis donc pas convaincue que la Commission ait commis une erreur sur ce point.

[187] En outre, l'argument des demandeurs se fonde sur le fait qu'il est établi que les violations du droit humanitaire international qui ont été commises en Irak sont systématiques ou tolérées par l'État et que, par conséquent, toute participation à la guerre constituerait un acte de complicité à un crime. Comme je l'ai mentionné dans la section précédente, j'ai conclu que la Commission n'avait pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que tel n'était pas, en fait, le cas.

IX. Conclusion sur ce point

[188] En me fondant sur l'analyse qui précède, je suis convaincue qu'à titre de simple fantassin, M. Hinzman ne pouvait se voir imputer les violations du droit international commises par les États-Unis lorsqu'ils ont décidé d'intervenir en Irak. Par conséquent, dans les circonstances de la présente affaire, le « type d'action

claim, as that phrase is used in paragraph 171 of the Handbook, is the “on the ground” activities with which he would have been associated in Iraq.

[189] I have also found that the Board did not err in finding that the breaches of international humanitarian law that have been committed by American soldiers in Iraq do not rise to the level of being either systematic or condoned by the State. In addition, I have found that the Board did not err in finding that the applicants had failed to establish that Mr. Hinzman would himself have been called upon to commit breaches of international humanitarian law, had he gone to Iraq.

[190] The question that is left, then, is whether Mr. Hinzman nonetheless faces persecution in the United States as a result of his political opinions. The answer to this question hinges on whether, in these circumstances, Mr. Hinzman’s right to freedom of conscience extends to allow him to refuse to fight in Iraq because of his sincerely held moral objection to that specific war, and whether the denial of such a right, and the ensuing punishment for the breach of a law of general application, amounts to persecution. These issues will be considered next.

X. Did the Board err in its analysis of the state protection and persecution issues?

(i) The applicants’ position

[191] The applicants contend that the Board erred in finding that they had failed to rebut the presumption that adequate State protection would be available to Mr. Hinzman in the United States, based upon the Board’s conclusion that he would have been afforded the full protection of a law of general application in that country.

[192] While recognizing that the ordinary presumption that a State will be able to protect its own nationals will be higher in the case of a highly developed democracy such as the United States, and

militaire » qui intéresse la demande de M. Hinzman, telle que cette expression est utilisée au paragraphe 171 du Guide, vise les activités « sur le terrain » auxquelles il aurait été associé en Irak.

[189] J’ai également conclu que la Commission n’avait pas commis d’erreur lorsqu’elle a statué que les violations du droit humanitaire international qu’ont commises les soldats américains en Irak ne sont pas systématiques ou tolérées par l’État. De plus, j’ai conclu que la Commission n’avait pas commis d’erreur en jugeant que les demandeurs n’avaient pas établi que M. Hinzman aurait lui-même été appelé à commettre des violations du droit humanitaire international, s’il était allé en Irak.

[190] La question qu’il reste à trancher est donc celle de savoir si M. Hinzman risque néanmoins d’être persécuté aux États-Unis en raison de ses opinions politiques. La réponse à cette question dépend, dans les circonstances, de la question de savoir si le droit à la liberté de conscience de M. Hinzman va jusqu’à l’autoriser à refuser de se battre en raison de l’objection morale sincère qu’il éprouve à l’égard de cette guerre et si le déni de ce droit et la peine applicable à la violation d’une loi d’application générale constituent de la persécution. Nous allons maintenant examiner ces questions.

X. La Commission a-t-elle commis une erreur dans son analyse des questions portant sur la protection de l’État et la persécution?

i) La thèse des demandeurs

[191] Les demandeurs soutiennent que la Commission a commis une erreur lorsqu’elle a conclu qu’ils n’avaient pas réfuté la présomption que M. Hinzman aurait accès à une protection de l’État adéquate aux États-Unis, en raison de la conclusion de la Commission selon laquelle il bénéficierait de toute la protection prévue par une loi d’application générale dans ce pays.

[192] Les demandeurs reconnaissent que la présomption habituelle selon laquelle chaque État est en mesure de protéger ses propres ressortissants est plus forte dans le cas d’une démocratie très développée,

recognizing as well that refuge will only be granted to American claimants in exceptional circumstances, the applicants nonetheless say that the failure of the United States to recognize conscientious objection to specific wars results in there being a “gap” between the rights guaranteed through American domestic law and those protected by international law.

[193] According to the applicants, this “gap” amounts to an “exceptional circumstance”, and justifies the conclusion that, in this case, the American law of general application was persecutory in its effect. This, in turn, made it objectively reasonable for Mr. Hinzman to seek refugee protection in Canada.

[194] The applicants observe that paragraph 172 of the Handbook provides that:

172. Refusal to perform military service may also be based on religious convictions. If an applicant is able to show that his religious convictions are genuine, and that such convictions are not taken into account by the authorities of his country in requiring him to perform military service, he may be able to establish a claim to refugee status. Such a claim would, of course, be supported by any additional indications that the applicant or his family may have encountered difficulties due to their religious convictions. [Emphasis added.]

[195] While conceding that Mr. Hinzman would be accorded due process in the United States, the applicants nevertheless submit that the Board failed to recognize or address the fact that he was unable to assert his conscientious objection to the war in Iraq, as a result of the underinclusiveness of the American law relating to conscientious objection.

[196] According to the applicants, the failure of the Board to deal with this issue renders inadequate and erroneous its conclusion that the American law regarding conscientious objectors does not discriminate on a Convention ground, and is therefore not persecutory.

comme les États-Unis, et ils reconnaissent également que l’asile n’est accordé à des demandeurs américains que dans des circonstances exceptionnelles; ils affirment néanmoins que l’omission des États-Unis de reconnaître les objections de conscience à l’égard de guerres particulières crée « un hiatus » entre les droits garantis par le droit interne américain et les droits reconnus par le droit international.

[193] D’après les demandeurs, ce « hiatus » constitue une « circonstance exceptionnelle » et permet de conclure qu’en l’espèce, la loi américaine d’application générale avait un effet assimilable à de la persécution. Cette situation montre qu’il était objectivement raisonnable pour M. Hinzman de demander l’asile au Canada.

[194] Les demandeurs font remarquer que le paragraphe 172 du Guide énonce ce qui suit :

172. Le refus d’accomplir le service militaire peut également être fondé sur des convictions religieuses. Si un demandeur est à même de démontrer que ses convictions religieuses sont sincères et qu’elles ne sont pas prises en considération par les autorités de son pays lorsqu’elles exigent de lui qu’il accomplisse son service militaire, il peut faire admettre son droit au statut de réfugié. Toutes indications supplémentaires selon lesquelles le demandeur ou sa famille aurait rencontré des difficultés du fait de leurs convictions religieuses peuvent évidemment donner plus de poids à cette demande. [Non souligné dans l’original.]

[195] Les demandeurs reconnaissent que l’équité procédurale sera respectée dans le cas de M. Hinzman aux États-Unis, mais ils soutiennent que la Commission n’a pas tenu compte du fait qu’il n’a pas été en mesure d’invoquer ses objections de conscience à la guerre en Irak, en raison de la portée limitée des dispositions légales américaines concernant les objecteurs de conscience.

[196] D’après les demandeurs, l’omission de la Commission d’examiner cette question permet d’affirmer que sa conclusion selon laquelle le droit américain concernant les objecteurs de conscience n’entraîne pas une discrimination fondée sur des motifs énumérés dans la Convention et n’est donc pas assimilable à de la persécution est une conclusion erronée et inadéquate.

[197] Moreover, the applicants say, given that the United States government was itself the agent of persecution, it follows that the Board's conclusion that adequate State protection was available to Mr. Hinzman in the United States was fundamentally flawed.

(ii) Standard of review

[198] The error alleged is the failure of the Board to recognize the existence of a "gap" between the limited right to conscientious objection recognized in American domestic law, and that ostensibly protected by international law. This allegedly resulted in the Board's finding that Mr. Hinzman would not face persecution in the United States, and its finding that he would receive adequate State protection in that country both being fatally flawed.

[199] Questions as to whether an individual faces persecution in his or her country of origin and questions as to the adequacy of State protection are both questions of mixed fact and law, and are ordinarily reviewable against a standard of reasonableness: *Pushpanathan*.

[200] However, as was noted earlier, in this case, the applicants' arguments as to the error of omission allegedly committed by the Board hinge on the premise that there is an internationally recognized right to object to a particular war, other than in the circumstances specifically identified in paragraph 171 of the Handbook. If there is no such right, then the applicants' arguments must fail.

(iii) Analysis

[201] A review of the Board's reasons discloses that the Board was indeed aware of the fact that Mr. Hinzman could not seek conscientious objector status based upon his objection to fighting in the war in Iraq under the terms of the American military's policy on conscientious objection (see paragraphs 68 and 105 of the Board's decision). The question is whether this

[197] En outre, les demandeurs affirment que, compte tenu du fait que le gouvernement des États-Unis est lui-même l'auteur de la persécution, il en résulte que la conclusion de la Commission selon laquelle M. Hinzman pouvait se prévaloir de la protection de l'État aux États-Unis est fondamentalement viciée.

ii) La norme de contrôle

[198] L'erreur alléguée est l'omission de la Commission de reconnaître l'existence d'un « hiatus » entre le droit limité accordé aux objecteurs de conscience et reconnu par le droit interne américain et celui qui est apparemment protégé par le droit international. C'est la raison pour laquelle la conclusion de la Commission selon laquelle M. Hinzman ne serait pas persécuté aux États-Unis et sa conclusion d'après laquelle il bénéficierait d'une protection de l'État adéquate dans ce pays sont toutes deux fatalement viciées.

[199] La question de savoir si un individu risque d'être persécuté dans son pays d'origine et le caractère adéquat de la protection de l'État sont des questions mixtes de fait et de droit et sont habituellement examinées à la lumière de la norme de la décision raisonnable : *Pushpanathan*.

[200] Cependant, comme je l'ai noté plus haut, en l'espèce, les arguments des demandeurs au sujet de l'erreur d'omission qu'aurait commise la Commission repose sur l'hypothèse que le droit de s'opposer à une guerre particulière est reconnu internationalement, autrement que dans les circonstances expressément décrites au paragraphe 171 du Guide. En l'absence d'un tel droit, les arguments des demandeurs ne peuvent être retenus.

iii) Analyse

[201] L'examen des motifs de la Commission indique que celle-ci savait effectivement que, d'après la politique de l'armée américaine applicable aux objecteurs de conscience, M. Hinzman ne pouvait demander le statut d'objecteur de conscience parce qu'il refusait de se battre en Irak (voir les paragraphes 68 et 105 de la décision de la Commission). Il s'agit de savoir

alleged “under-inclusiveness” has led to the breach of an internationally recognized right, resulting in persecution.

[202] Refugee protection is available to those who face persecution in their country of origin by reason of their political opinion or their religion: see Article 1A(2) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*.

[203] Although we are not dealing with a conscript in this case—Mr. Hinzman having voluntarily enlisted in the U.S. Army—there is broad international acceptance of the right of a State to require citizens to perform military duty. Indeed, mandatory military service is often described as an “incident of citizenship”.

[204] It is also well recognized that the refusal of a soldier to fight is an inherently political act: see *Ciric*. Indeed, as Professor Goodwin-Gill noted in *The Refugee in International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1996, at page 57), cited with approval in *Zolfagharkhani*, the refusal to bear arms reflects an essentially political opinion as to the permissible limits of a State’s authority, and goes to the very heart of the body politic.

[205] Does this then mean that anyone who sincerely opposes a particular war has an absolute right to conscientious objector status? Does it follow that if conscientious objector status is not available to the individual in his or her country of origin, that any punishment that the individual may receive for refusing to fight will be inherently persecutory?

[206] There is no question that freedom of thought, conscience and religion are fundamental rights well recognized in international law: see, for example Article 18 of the 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Article 12 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts. 9-14, and Article 9 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental*

si la portée prétendument limitée de cette politique a entraîné la violation d’un droit reconnu internationalement et montre qu’il y a eu persécution.

[202] L’asile est accordé aux personnes qui risquent d’être persécutées dans leur pays d’origine en raison de leurs opinions politiques ou de leur religion : voir le paragraphe A(2) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*.

[203] Il ne s’agit pas ici d’un conscrit—M. Hinzman s’est volontairement enrôlé dans l’armée des États-Unis—mais il est largement accepté sur le plan international qu’un État a le droit d’obliger ses citoyens à accomplir un service militaire. En fait, le service militaire obligatoire est bien souvent qualifié d’obligation « accessoire à la citoyenneté ».

[204] Il est également bien reconnu que le refus d’un soldat d’aller en guerre est un acte de nature politique : voir *Ciric*. En fait, comme le fait observer le professeur Goodwin-Gill dans *The Refugee in International Law* (Oxford : Clarendon Press, 1996, à la page 57), cité avec approbation dans *Zolfagharkhani*, le refus de porter les armes exprime une opinion essentiellement politique qui concerne les limites acceptables de l’autorité gouvernementale et touche directement la nation.

[205] Cela veut-il dire que quiconque s’oppose sincèrement à une guerre particulière a le droit absolu d’obtenir le statut d’objecteur de conscience? Cela veut-il dire que, lorsqu’une personne ne peut bénéficier du statut d’objecteur de conscience dans son pays d’origine, la peine que cette personne peut se voir infliger pour refus de combattre constitue par sa nature de la persécution?

[206] Il est incontestable que les libertés de pensée, de conscience et de religion sont des droits fondamentaux reconnus par le droit international : voir, par exemple, l’article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* de 1948, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU 10 décembre 1948; l’article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, articles 9 à 14; et l’article 9 de la *Convention de sauvegarde des*

Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 [European Convention on Human Rights].

[207] At the present time, however, there is no internationally recognized right to either total or partial conscientious objection. While the U.N. Commission on Human Rights and the Council of Europe have encouraged member States to recognize a right to conscientious objection in various reports and commentaries, no international human rights instrument currently recognizes such a right, and there is no international consensus in this regard: see *Sepet*, at paragraphs 41-44.

[208] Indeed, the notion that such a right could even exist is one of relatively recent origin: *Sepet*, at paragraph 48.

[209] It has been suggested that the failure to recognize a right of conscientious objection stems, at least in part, from the real difficulties that would be encountered in achieving an international consensus as to the minimum scope of any such right. As Lord Rodger of Earlsferry noted in his concurring reasons in *Sepet*, questions could arise, for example, as to whether the same outcome should result in relation to an objection made during peacetime, as opposed to one advanced when a State is fighting for its very survival: at paragraph 57.

[210] Certainly, it is arguable that if freedom of conscience is truly to be recognized as a basic human right, individuals should not be forced, on pain of imprisonment, to comport themselves in a way that violates their fundamental beliefs: see Hathaway in *The Law of Refugee Status*, at page 182.

[211] If, on the other hand, conscientious objection is viewed as more of a relative right, then the specific nature of the consequences faced by the claimant will have to be taken into account in the assessment of the claim: see von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights*

droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 [Convention européenne des droits de l'homme].

[207] À l'heure actuelle, il n'existe pas de droit absolu ou partiel reconnu internationalement au statut d'objecteur de conscience. La Commission des Nations Unies sur les droits de la personne et le Conseil de l'Europe ont encouragé les États membres à reconnaître le droit au statut d'objecteur de conscience dans divers rapports et commentaires, mais aucun instrument international relatif aux droits de la personne ne reconnaît actuellement un tel droit et il n'existe pas de consensus international sur ce point : voir *Sepet*, aux paragraphes 41 à 44.

[208] En fait, l'idée qu'un tel droit pourrait même exister est d'origine relativement récente : *Sepet*, au paragraphe 48.

[209] On a fait valoir que l'omission de reconnaître le droit au statut d'objecteur de conscience découle, du moins en partie, des difficultés réelles que poserait l'obtention d'un consensus international sur la portée minimale d'un tel droit. Comme le lord Rodger d'Earlsferry l'a noté dans ses motifs concourants dans *Sepet*, on pourrait s'interroger, par exemple, sur la question de savoir si une objection formée en temps de paix devrait entraîner le même résultat qu'une objection soulevée à un moment où l'État lutte pour sa survie : au paragraphe 57.

[210] Il est certes possible de soutenir que, si la liberté de conscience est véritablement reconnue comme un droit fondamental de la personne, les individus ne devraient pas être obligés, sous peine d'emprisonnement, de violer leurs convictions fondamentales par leur conduite : voir Hathaway dans *The Law of Refugee Status*, à la page 182.

[211] Si on envisage, par contre, l'objection de conscience comme un droit relatif, alors la nature particulière des conséquences auxquelles fait face le demandeur d'asile doit être prise en compte lorsqu'on apprécie sa demande : voir von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International*

and Humanitarian Law, at page 42. This appears to be the approach favoured by the UNHCR, as reflected in the Handbook.

[212] Moreover, consideration has to be given to the fact that States have a legitimate interest in the maintenance of their military forces and national defence. As Professor Goodwin-Gill observes, the provision of alternative service helps to reconcile these competing interests in a way that promotes the State's interest in defence, while, at the same time, taking into account individual beliefs: see *The Refugee in International Law*, at page 58.

[213] Indeed, paragraph 173 of the Handbook recognizes that many States now provide forms of alternate service to citizens who object to serving in the military for genuine reasons of conscience.

[214] How far, then, does a State have to go in providing alternate service to its citizens?

[215] The applicants say that the United States did not go far enough by failing to recognize that one could have a legitimate conscientious objection to a specific war, asserting that this brings Mr. Hinzman within the ambit of paragraph 172 of the Handbook. In these circumstances, the applicants say that any punishment that Mr. Hinzman might receive in the United States would be inherently persecutory.

[216] There are several reasons why I cannot accept this argument. First of all, paragraph 172 of the Handbook has to be read in context. The preceding paragraph—paragraph 171—explicitly states that it is not enough for a person merely to be in disagreement with his or her government with respect to the political justification for a particular military action.

[217] Secondly, although Mr. Hinzman did discuss his religious beliefs in both his PIF and in his testimony before the Board, the foundation for the applicants' claims for refugee protection is Mr. Hinzman's political opinion, and not his religion. While the Board did

Human Rights and Humanitarian Law, à la page 42. C'est l'approche que semble avoir retenue la HCNUR dans son Guide.

[212] Il convient également de prendre en compte le fait qu'il est dans l'intérêt des États d'entretenir des forces armées et une défense nationale. Comme le fait remarquer le professeur Goodwin-Gill, la possibilité d'effectuer un service de rechange aide à réconcilier ces intérêts divergents en respectant le droit des États à se défendre, tout en prenant en compte, parallèlement, les convictions individuelles : voir *The Refugee in International Law*, à la page 58.

[213] En fait, le paragraphe 173 du Guide reconnaît que de nombreux États offrent aujourd'hui la possibilité d'effectuer un service de remplacement aux citoyens qui s'opposent à servir dans l'armée pour des motifs de conscience authentiques.

[214] Jusqu'où doit donc aller un État pour fournir un service de remplacement à ses citoyens?

[215] Les demandeurs affirment que les États-Unis ne vont pas suffisamment loin parce qu'ils ne reconnaissent pas qu'un individu peut avoir des objections de conscience légitimes à participer à une guerre particulière, et soutiennent que M. Hinzman peut donc bénéficier de l'application du paragraphe 172 du Guide. Par conséquent, les demandeurs affirment que toute peine imposée par M. Hinzman aux États-Unis constituerait par sa nature même de la persécution.

[216] Il existe de nombreuses raisons qui m'interdisent de retenir cet argument. Tout d'abord, il convient de lire le paragraphe 172 du Guide dans son contexte. Le paragraphe précédent—le paragraphe 171—énonce expressément qu'il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière.

[217] Deuxièmement, M. Hinzman a certes mentionné ses convictions religieuses tant dans son FRP que dans son témoignage devant la Commission, mais la demande d'asile des demandeurs est fondée sur les opinions politiques de M. Hinzman et non pas sur sa religion. La

acknowledge at the pre-hearing conference that Mr. Hinzman also had religious objections to serving in the military, his religious views did not relate specifically to serving in the Iraqi conflict. Paragraph 172 relates to religious objections and not to political ones.

[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.

[219] An examination of the approach of the Canadian Armed Forces to the issue of conscientious objection discloses that the protection afforded to Canadian conscientious objectors is very similar to that provided by the United States. The relevant provisions of the Department of National Defence's *Defence Administrative Orders and Directives on Conscientious Objection* (DAOD 5049-2, July 30, 2004) provides that:

Enrolment of persons in the CF [Canadian Forces] is strictly voluntary and CF members must be prepared to perform any lawful duty to defend Canada, its interests and its values, while contributing to international peace and security. A CF member who has a conscientious objection remains liable to perform any lawful duty, but may request voluntary release on the basis of their objection.

Eligibility for Voluntary Release

A CF member may request voluntary release on the basis of conscientious objection if the CF member has a sincerely held objection to participation in:

- war or armed conflict in general; or
- the bearing and use of arms as a requirement of service in the CF.

Commission a reconnu, au cours de la conférence préparatoire à l'audience, que M. Hinzman entretenait également des objections religieuses à l'égard de l'accomplissement de son service militaire, mais ses convictions religieuses ne touchent pas directement le fait de participer au conflit irakien. Le paragraphe 172 concerne les objections religieuses et non pas les objections politiques.

[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.

[219] L'examen de la solution retenue par les Forces armées canadiennes à la question de l'objection de conscience montre que la protection accordée aux objecteurs de conscience canadiens est très semblable à celle que leur offrent les États-Unis. Les dispositions pertinentes des *Directives et ordonnances administratives du ministère de la Défense nationale* (DOAD 5049-2, 30 juillet 2004) énoncent :

L'enrôlement dans les FC [Forces canadiennes] est entièrement volontaire. Par conséquent, les militaires doivent être disposés à exercer toute fonction légitime pour défendre le Canada, y compris les intérêts et valeurs du pays, tout en contribuant à la paix et à la sécurité internationales. Un militaire qui soulève une objection de conscience est quand même tenu d'exercer toute fonction légitime, mais peut demander une libération volontaire pour ce motif.

Admissibilité à la libération volontaire

Un militaire peut demander la libération en vertu d'une objection de conscience s'il s'oppose sincèrement à l'une ou l'autre des situations suivantes :

- la guerre ou le conflit armé en général
- le port et l'utilisation d'armes comme exigence du service dans les FC.

An objection based primarily on one or more of the following does not permit voluntary release on the basis of a conscientious objection:

- participation or use of arms in a particular conflict or operation;
- national policy;
- personal expediency; or
- political beliefs. [Emphasis added.]

[220] As Professor Goodwin-Gill observed in *The Refugee in International Law*, at page 59, States are free to recognize conscientious objection as a sufficient ground on which to base a grant of refugee protection. However, each State has to decide for itself how much value should be attributed to the fundamental right to freedom of conscience.

[221] While acknowledging that the Canadian scheme governing conscientious objection is “broadly analogous” to the American one, the applicants nonetheless submit that there is an important difference between the two. That is, relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, the applicants say that the Canadian scheme is subject to judicial review to ensure that it complies 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]], whereas the American scheme is immune from judicial scrutiny under the “political questions” doctrine.

[222] Leaving aside the fact that there is no expert evidence before the Court as to the justiciability of challenges to the American policy on conscientious objection, and assuming for the sake of argument that the applicants are correct in their submission, the fact is that, at the present time, Canada does not accord the members of its own armed forces the latitude to object to specific wars. In my view, this is further evidence of the fact that there is no generally accepted right to conscientious objection on the grounds being advanced

La libération en vertu d’une objection de conscience ne sera pas accordée si l’objection est principalement fondée sur un ou plusieurs des motifs suivants :

- l’utilisation d’armes ou la participation dans un conflit ou un déploiement particulier;
- la politique nationale;
- la commodité personnelle;
- les convictions politiques. [Non souligné dans l’original.]

[220] Comme le professeur Goodwin-Gill l’a fait remarquer dans *The Refugee in International Law*, à la page 59, les États sont libres de reconnaître que les objections de conscience constituent un motif suffisant pour accorder l’asile. Cependant, chaque État fixe lui-même la valeur qu’il convient d’accorder à la liberté de conscience, un droit fondamental.

[221] Tout en reconnaissant que le régime canadien applicable aux objecteurs de conscience est, dans l’ensemble, semblable au régime américain, les demandeurs soutiennent qu’il existe une différence importante entre les deux. En se fondant sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, les demandeurs soutiennent que le régime canadien prévoit un contrôle judiciaire qui permet de vérifier la conformité 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]] de la décision attaquée, alors que le régime américain exclut tout contrôle judiciaire en vertu de la notion de « domaine politique ».

[222] Si l’on fait abstraction du fait qu’aucune preuve d’expert n’a été présentée à la Cour au sujet de la possibilité de contester devant les tribunaux la politique américaine en matière d’objection de conscience si l’on tient pour acquis aux fins de l’argument que les demandeurs ont raison de faire cette affirmation, il demeure qu’à l’heure actuelle, le Canada n’accorde pas aux membres de ses propres forces armées la possibilité de s’opposer à des guerres particulières. À mon avis, c’est une autre preuve du fait qu’il n’existe pas de droit

by the applicants.

[223] If this is so, it follows that there is nothing inherently persecutory in the American system.

[224] My conclusion in this regard is reinforced by the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Ates v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 343 N.R. 234. In *Ates*, the Court stated that even in a country where military service is compulsory and where there is no alternative to military service available, the repeated prosecutions and imprisonments of a sincere conscientious objector does not amount to persecution on a Convention ground.

[225] If persecution does not arise in the circumstances described in *Ates*, then surely the prosecution and potential imprisonment of a volunteer soldier by a country that does provide some, albeit limited, alternatives to military service would similarly not amount to persecution on a Convention ground.

[226] It should be noted that the applicants have not asserted that the punishment that Mr. Hinzman faces in the United States is outside the range of what is considered acceptable under international human rights law. Rather they argue that any punishment that he might suffer for following his conscience would be inherently persecutory. As a consequence, it is unnecessary to consider whether the term of imprisonment that he might receive is disproportionate.

[227] Finally, given that there is no error in the Board's finding that what Mr. Hinzman faces in the United States is prosecution and not persecution, it follows that the issue of State protection does not arise.

(iv) Conclusion

[228] While it would have been preferable for the Board to have specifically addressed the applicants'

généralement accepté de soulever une objection de conscience pour les motifs avancés par les demandeurs.

[223] Si tel est bien le cas, il en résulte que le système américain ne constitue pas, par sa nature, de la persécution.

[224] Ma conclusion sur ce point est renforcée par l'arrêt récent de la Cour d'appel fédérale dans *Ates c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 322. Dans *Ates*, la Cour a déclaré que, même dans un pays où le service militaire est obligatoire et où aucun service de remplacement n'est possible, la multiplication des poursuites et des peines d'emprisonnement visant un objecteur de conscience sincère ne constitue pas de la persécution fondée sur un des motifs de la Convention.

[225] S'il n'y avait pas persécution dans les circonstances décrites dans *Ates*, alors la poursuite d'un soldat qui s'est volontairement enrôlé et son emprisonnement possible par un pays qui accorde certains services de rechange, quoique limités, au service militaire, ne constituent pas non plus de la persécution pour un motif énuméré dans la Convention.

[226] Il convient de noter que les demandeurs n'affirment pas que la peine que M. Hinzman risque de se voir imposer aux États-Unis n'est pas une peine qui serait considérée comme acceptable d'après le droit international des droits de la personne. Ils soutiennent en fait que toute peine qu'il risque de subir pour avoir suivi ce que lui dictait sa conscience constituerait, par sa nature, de la persécution. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si la durée de l'emprisonnement susceptible de lui être imposé est disproportionnée.

[227] Enfin, étant donné que la Commission n'a pas commis d'erreur dans sa conclusion selon laquelle M. Hinzman risque d'être poursuivi et non persécuté aux États-Unis, il en résulte que la question de la protection de l'État ne se pose pas.

iv) Conclusion

[228] Il aurait été préférable que la Commission aborde directement les arguments des demandeurs au

arguments with respect to the alleged under inclusiveness of the American policy governing conscientious objection, I am satisfied that this failure on the part of the Board did not affect the outcome of the applicants' claims.

[229] For the reasons given, I am satisfied that there is currently no internationally recognized right to object to a particular war, other than in the circumstances specifically identified in paragraph 171 of the Handbook. As a result, while Mr. Hinzman may face prosecution in the United States for having acted in accordance with his conscience, this does not amount to persecution on the basis of his political opinion.

[230] The reality is that States, including Canada, can and do punish their citizens for acting in accordance with their sincerely held moral, political and religious views when those individuals break laws of general application. The environmentalist who blocks a logging road may face prosecution and imprisonment, as may the individual who opposes the payment of taxes used to support the military on deeply felt religious grounds, notwithstanding that in each case, the individual may merely have been following his or her conscience.

[231] Indeed, as Lord Hoffmann noted in *Sepet* (at paragraph 34):

As judges we would respect their views but might feel it necessary to punish them all the same. . . . We would take into account their moral views but would not accept an unqualified moral duty to give way to them. On the contrary we might feel that although we sympathised and even shared the same opinions, we had to give greater weight to the need to enforce the law.

[232] I have sympathy for Mr. Hinzman. As the Board noted, he is clearly a thoughtful young man. The Board found his concerns with respect to the legality of the American-led military intervention in Iraq to be sincere and deeply held. However, sympathy alone does not provide a foundation for finding that there is an internationally recognized right to object to a particular war, the denial of which results in persecution.

sujet de l'allégation concernant la portée limitée de la politique américaine à l'égard des objections de conscience; je suis néanmoins convaincue que cette omission de la part de la Commission n'a pas influencé l'issue des demandes présentées par les demandeurs.

[229] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis convaincue qu'à l'heure actuelle, le droit de s'opposer à une guerre particulière n'est pas reconnu internationalement, sauf dans les circonstances précisées au paragraphe 171 du Guide. Par conséquent, si M. Hinzman risque d'être poursuivi aux États-Unis parce qu'il a agi selon sa conscience, cela ne constitue pas une persécution fondée sur ses opinions politiques.

[230] La réalité est que les États, y compris le Canada, ont le pouvoir de punir leurs citoyens pour avoir agi conformément à des opinions morales, politiques et religieuses sincères lorsque ces personnes violent des lois d'application générale. L'écologiste qui installe une barricade sur un chemin forestier risque des poursuites et l'emprisonnement, tout comme la personne qui refuse, en raison de convictions religieuses profondes, de payer des impôts parce qu'ils sont utilisés à des fins militaires même si, dans chaque cas, l'individu en question ne fait qu'agir selon sa conscience.

[231] En fait, comme lord Hoffmann l'a noté dans *Sepet* (au paragraphe 34) :

[TRADUCTION] En tant que juges, nous sommes prêts à respecter leurs opinions mais pensons néanmoins qu'il faut quand même les punir [. . .] Nous tenons compte de leurs convictions morales mais nous ne reconnaissons pas l'existence d'une obligation morale absolue de les respecter. Au contraire, nous pensons que, même si nous comprenons leurs opinions et les partageons, nous sommes obligés de privilégier la nécessité de faire respecter la loi

[232] Je comprends la position de M. Hinzman. Comme la Commission l'a noté, c'est manifestement un jeune homme sérieux. La Commission a constaté que ses préoccupations au sujet de la légalité de l'intervention militaire lancée par les Américains en Irak étaient sincères et profondes. Cependant, le seul fait de comprendre sa position ne permet pas de conclure que le droit de s'opposer à une guerre particulière est internationalement reconnu et que sa violation constitue de la persécution.

[233] Given that conscientious objection is a fundamental aspect of the right to freedom of thought, conscience and religion enshrined in international instruments such as the *Universal Declaration of Human Rights* and the European Convention on Human Rights, it may be that as the law continues to evolve in this area, both on the international and domestic fronts, a sincerely held political or religious objection to a specific war may some day provide a sufficient basis on which to ground a claim for refugee protection. This, however, represents the “international consensus of tomorrow” (*Sepet*, at paragraph 20), and not the state of the law today.

XI. Summary of conclusions

[234] For these reasons I have concluded that there is no basis for interfering with the decision of the Immigration and Refugee Board in this case. Accordingly, the applicants’ application for judicial review is dismissed.

[235] As was noted at the outset, the issues raised by this application have not required me to pass judgment on the legality of the American-led military action in Iraq, and no finding has been made in this regard.

XII. Certification

[236] Counsel have jointly proposed the following two questions for certification:

1. Is the question whether a given conflict may be unlawful in international law relevant to the determination which must be made by the Refugee Division under s. 171 of the *UNHCR Handbook*?

2. Where a claimant can establish that a particular war involves systematic violations of international humanitarian law, must he also establish that it is more probable than not that he would be required to participate in such acts, or must he establish only a serious possibility of having to do so?

[237] With respect to the first question, as I have noted earlier, I am satisfied that the lawfulness of a conflict could well be relevant where a refugee claimant

[233] Étant donné que l’objection de conscience est un aspect fondamental des libertés de pensée, de conscience et de religion, garanties par des instruments internationaux comme la *Déclaration universelle des droits de l’homme* et la Convention européenne des droits de l’homme, il est possible qu’en raison de l’évolution du droit dans ce domaine, tant sur le plan national qu’international, une objection politique ou religieuse sincère à une guerre particulière constituera un jour une base suffisante pour appuyer une demande d’asile. Cela ne représente toutefois que [TRADUCTION] « le consensus international de demain » (*Sepet*, au paragraphe 20), et non pas l’état du droit actuel.

XI. Résumé des conclusions

[234] Pour ces motifs, j’ai conclu qu’il n’existe aucune raison de modifier la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié dans la présente affaire. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire présentée par les demandeurs est rejetée.

[235] Comme je l’ai noté dès le départ, les questions soulevées par la présente demande ne m’ont pas obligée à me prononcer sur la légalité de l’action militaire dirigée par les Américains en Irak et je n’ai tiré aucune conclusion sur ce point.

XII. Certification

[236] Les avocats ont conjointement proposé la certification des deux questions suivantes :

[TRADUCTION] 1. La question de savoir si un conflit donné est illégal selon le droit international est-elle pertinente eu égard à la décision qui doit être rendue par la Section de la protection des réfugiés en vertu de l’art. 171 du Guide du HCNUR?

2. Lorsqu’un demandeur d’asile peut démontrer qu’une guerre particulière s’accompagne de violations systématiques du droit humanitaire international, est-il également tenu d’établir qu’il est plus probable qu’improbable qu’il serait tenu de participer à de tels actes ou doit-il uniquement établir la possibilité réelle qu’il ait à le faire?

[237] Pour ce qui est de la première question, comme je l’ai mentionné ci-dessus, je suis convaincue que la légalité d’un conflit peut fort bien être pertinente dans le

is a high-level policy maker or planner of the military conflict in issue, who could thus be held responsible for a crime against peace. The question that arises here is whether the legality of the conflict is relevant in the case of a mere foot-soldier such as Mr. Hinzman.

[238] For the reasons given, I have found that the weight of authority favours the view that when dealing with a mere foot-soldier, the lawfulness of the military conflict in question is not relevant to the question of whether or not the claimant is a refugee. However, given the decision of the Federal Court of Appeal in *Al-Maisri*, it is fair to say that the issue is not entirely free from doubt. As a consequence, I am prepared to certify the first question, varying it only to specify that the question is posed in the context of a foot-soldier.

[239] The second question is premised on the assumption that the claimants have established that the war in question in fact involves systematic violations of international humanitarian law. Given my conclusion that the Board did not err in concluding that the applicants had not shown this to be the case, the second question submitted for certification would not be dispositive of the applicants' claims, and I decline to certify it.

JUDGMENT

[240] THIS COURT ORDERS that:

1. This application for judicial review is dismissed.
2. The following serious question of general importance is certified:

When dealing with a refugee claim advanced by a mere foot soldier, is the question whether a given conflict may be unlawful in international law relevant to the determination which must be made by the Refugee Division under paragraph 171 of the UNHCR Handbook?

cas où un demandeur d'asile occupe un poste de haut niveau qui consiste à élaborer des politiques ou à planifier un conflit militaire, et pourrait donc être tenu responsable d'un crime contre la paix. La question qui se pose ici est de savoir si la légalité du conflit est un aspect pertinent dans le cas d'un simple fantassin comme M. Hinzman.

[238] Pour les motifs fournis exposés, j'ai conclu que, selon la jurisprudence dominante, dans le cas d'un simple fantassin, la légalité du conflit militaire en question n'est pas pertinente aux fins de savoir si le demandeur est un réfugié. Cependant, compte tenu de l'arrêt *Al-Maisri* de la Cour d'appel fédérale, il faut reconnaître que cette question n'a pas encore été tranchée de façon définitive. Par conséquent, je suis disposée à certifier la première question, en la modifiant pour préciser qu'elle se pose dans le cas d'un fantassin.

[239] La seconde question se fonde sur l'hypothèse, établie par les demandeurs, que la guerre en question donne lieu en réalité à des violations systématiques du droit humanitaire international. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle la Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que les demandeurs n'avaient pas démontré le bien-fondé de cette hypothèse, la seconde question dont la certification est proposée ne permettrait pas de trancher les demandes présentées et je m'abstiens de la certifier.

JUGEMENT

[240] LA COUR ORDONNE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. La question grave de portée générale suivante est certifiée :

Dans le cas d'une demande d'asile présentée par un simple fantassin, la question de savoir si un conflit donné est illégal selon le droit international est-elle pertinente eu égard à la décision que doit rendre la Section de la protection des réfugiés en vertu du paragraphe 171 du Guide du HCNUR?

APPENDIX

Chapter V section B of the UNHCR Handbook states as follows under the heading “Deserters and Persons avoiding military service”:

167. In countries where military service is compulsory, failure to perform this duty is frequently punishable by law. Moreover whether military service is compulsory or not, desertion is invariably considered a criminal offence. The penalties may vary from country to country, and are not normally regarded as persecution. Fear of prosecution and punishment for desertion or draft-evasion does not in itself constitute well-founded fear of persecution under the definition. Desertion or draft evasion does not, on the other hand, exclude a person from being a refugee, and the person may be a refugee in addition to being a deserter or draft-evader.

168. A person is clearly not a refugee if his only reason for desertion or draft-evasion is his dislike of military service or fear of combat. He may, however, be a refugee if his desertion or evasion of military service is concomitant with other relevant motives for leaving or remaining outside his country, or if he otherwise has reasons within the meaning of the definition, to fear persecution.

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

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

171. Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not

ANNEXE

Le chapitre V de la section B du Guide du HCNUR énonce ce qui suit sous l’intitulé « Déserteurs, Insoumis, objecteurs de conscience » :

167. Dans les pays où le service militaire est obligatoire, le fait de se soustraire à cette obligation ou insoumission est souvent une infraction punie par la loi. Quant à la désertion, elle est toujours dans tous les pays—que le service militaire soit obligatoire ou non—considérée comme une infraction. Les peines varient selon les pays et normalement leur imposition n’est pas considérée comme une forme de persécution. La crainte des poursuites et du châtimeut pour désertion ou insoumission ne constitue pas pour autant une crainte justifiée d’être victime de persécution au sens de la définition. En revanche, la désertion ou l’insoumission n’empêche pas d’acquérir le statut de réfugié et une personne peut être à la fois un déserteur, ou un insoumis, et un réfugié.

168. Il va de soi qu’une personne n’est pas un réfugié si la seule raison pour laquelle elle a déserté ou n’a pas rejoint son corps comme elle en avait reçu l’ordre est son aversion du service militaire ou sa peur du combat. Elle peut, cependant, être un réfugié si sa désertion ou son insoumission s’accompagne de motifs valables de quitter son pays ou de demeurer hors de son pays ou si elle a de quelque autre manière, au sens de la définition, des raisons de craindre d’être persécutée.

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

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

171. N’importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu’une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d’une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d’action militaire

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.

172. Refusal to perform military service may also be based on religious convictions. If an applicant is able to show that his religious convictions are genuine, and that such convictions are not taken into account by the authorities of his country in requiring him to perform military service, he may be able to establish a claim to refugee status. Such a claim would, of course, be supported by any additional indications that the applicant or his family may have encountered difficulties due to their religious convictions.

173. The question as to whether objection to performing military service for reasons of conscience can give rise to a valid claim to refugee status should also be considered in light of more recent developments in this field. An increasing number of States have introduced legislation or administrative regulations whereby persons who can invoke genuine reasons of conscience are exempted from military service, either entirely or subject to their performing alternative (i.e.: civilian) service. The introduction of such legislation or administrative regulations has also been the subject of recommendations by international agencies. In light of these developments, it would be open to Contracting States to grant refugee status to persons who object to performing military service for genuine reasons of conscience.

174. The genuineness of a person's political, religious or moral convictions, or of his reasons of conscience for objecting to performing military service, will of course need to be established by a thorough investigation of his personality and background. The fact that he may have manifested his views prior to being called to arms, or that he may already have encountered difficulties with the authorities because of his convictions, are relevant considerations. Whether he has been drafted into compulsory service or joined the army as a volunteer may also be indicative of the genuineness of his convictions. [Footnote omitted.]

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.

172. Le refus d'accomplir le service militaire peut également être fondé sur des convictions religieuses. Si un demandeur est à même de démontrer que ses convictions religieuses sont sincères et qu'elles ne sont pas prises en considération par les autorités de son pays lorsqu'elles exigent de lui qu'il accomplisse son service militaire, il peut faire admettre son droit au statut de réfugié. Toutes indications supplémentaires selon lesquelles le demandeur ou sa famille aurait rencontré des difficultés du fait de leurs convictions religieuses peuvent évidemment donner plus de poids à cette demande.

173. La question de savoir si l'objection à l'accomplissement du service militaire pour des raisons de conscience peut motiver une demande de reconnaissance du statut de réfugié doit également être considérée en tenant compte de l'évolution récente des idées sur ce point. Les États sont de plus en plus nombreux à avoir introduit dans leur législation ou leur réglementation administrative des dispositions selon lesquelles les personnes qui peuvent invoquer d'authentiques raisons de conscience sont exemptées du service militaire, soit totalement, soit sous réserve d'accomplir un service de remplacement (cest-à-dire un service civil). L'introduction de semblables dispositions législatives ou administratives a également fait l'objet de recommandations de la part des institutions internationales. Compte tenu de cette évolution, les États contractants sont libres, s'ils le désirent, d'accorder le statut de réfugié aux personnes qui ont des objections à l'égard du service militaire pour d'authentiques raisons de conscience.

174. L'authenticité des convictions politiques, religieuses ou morales d'une personne ou la validité des raisons de conscience qu'elle oppose à l'accomplissement du service militaire doit, bien entendu, être établie par un examen approfondi de sa personnalité et de son passé. Le fait que cette personne ait exprimé ses opinions avant l'appel sous les drapeaux ou qu'elle ait déjà eu des difficultés avec les autorités en raison de ses convictions est un élément d'appréciation pertinent. De même, selon qu'elle a reçu l'ordre d'accomplir un service militaire obligatoire ou qu'au contraire elle s'est enrôlée dans l'armée comme volontaire, la sincérité de ses convictions pourrait être appréciée différemment. [Note en bas de la page omise.]