

IMM-5923-06  
2008 FC 838

IMM-5923-06  
2008 CF 838

**Joshua Adam Key, Brandi Renee Key, Anna Charlene Key, Philip James Key, Zakary Daniel Key, Adam Kent Key** (*Applicants*)

**Joshua Adam Key, Brandi Renee Key, Anna Charlene Key, Philip James Key, Zakary Daniel Key, Adam Kent Key** (*demandeurs*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Barnes J.—Toronto, April 2; Ottawa, July 4, 2008.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 2 avril; Ottawa, 4 juillet 2008.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of dismissal by Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board of claims for refugee status — Principal applicant deserting United States Army after allegedly witnessing unjustified abuse, unwarranted detention, humiliation, while serving in Iraq — Board erred in finding desertion from United States Army justifiable only if events described constituting war crimes or crimes against humanity — Widespread violations of international law carried out by military force but not rising to war crimes or crimes against humanity can support refugee claim by conscientious objector — Language of para. 171 of Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status speaking to unwanted association with objectionable military action — While para. 171 incorporating notion of international condemnation, international community's response to legitimacy of particular conflict not determinative — Where impugned military conduct contrary to basic rules of human conduct, refugee protection may still be available — Legal standard imposed by Board too restrictive — Federal Court of Appeal establishing soldiers facing punishment in United States for desertion must pursue available state protection options at home before seeking protection in Canada: *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 282 D.L.R. (4th) 413 — Board erring by adopting “state as persecutor” principle as basis for finding state protection not available to applicant — But *Hinzman* not determinative given very different circumstances in present case (i.e. applicant not required to address state protection issue) — Applicant entitled to present to Board evidence of serious risk of prosecution, incarceration; to have Board fully assess risk — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire du rejet par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié des demandes d'asile — Le demandeur principal a déserté l'armée des États-Unis après avoir censément été témoin d'abus injustifiés, de détentions injustifiées et d'humiliation lorsqu'il a servi en Iraq — La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'une désertion de l'armée des États-Unis ne peut se justifier que si les événements décrits constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité — Les violations largement répandues du droit international commises par des forces armées mais qui ne s'élèvent pas au rang de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité peuvent fonder une demande d'asile formulée par un objecteur de conscience — Le libellé de l'art. 171 du Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié évoque l'association involontaire à une action militaire à laquelle l'individu s'oppose — Bien que l'art. 171 intègre la notion de condamnation internationale, la réponse de la communauté internationale à la légitimité d'un conflit donné n'est pas déterminante — Le droit d'asile peut tout de même être accordé s'il est démontré que cette conduite militaire est contraire aux règles de conduite les plus élémentaires — La norme juridique imposée par la Commission était trop restrictive — La Cour d'appel fédérale a indiqué que les soldats qui risquent d'être punis aux États-Unis pour désertion doivent exercer les recours dont ils disposent pour obtenir la protection de l'État dans leur pays d'origine avant de demander l'asile au Canada : *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171 — La Commission a commis une erreur en adoptant le principe de « l'État comme agent de persécution » pour conclure que le demandeur n'avait pas accès à la protection de l'État —*

*L'arrêt Hinzman n'était pas déterminant en raison des faits très différents en l'espèce (c.-à-d. que le demandeur n'était pas obligé de traiter de la question de la protection de l'État) — Le demandeur avait le droit de déposer auprès de la Commission des éléments de preuve pour démontrer qu'il était exposé à un risque sérieux d'être poursuivi et d'incarcération et de soumettre ce risque à un examen complet — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) that the applicants, American citizens, were not Convention refugees. The principal applicant enlisted in the United States Army and served in Iraq where he allegedly witnessed several instances of unjustified abuse, unwarranted detention, humiliation and looting by fellow soldiers. The principal applicant decided to desert the army and came to Canada with his family to claim refugee status.

The Board found that the applicant was not opposed to war generally but objected to systematic violations of human rights that resulted from the United States Army's conduct in Iraq and the requirement that he participate. It found that unless the events he described were sufficiently egregious as to constitute war crimes or crimes against humanity, they could not, for the purpose of obtaining refugee protection, justify his desertion from the United States Army. It also found that he would, in all probability, be court martialled and sentenced to imprisonment if returned to the U.S. The issue of state protection was withdrawn at the commencement of the hearing on the basis that the alleged agent of persecution was the state itself.

The issues were: whether the Board erred in law by holding that refugee status for a military deserter could only be conferred where there was an expectation of involvement in war crimes, crimes against humanity or crimes against peace; whether it erred in applying the principles of state protection; and if so, whether the denial of refugee status to the applicants was inevitable given the state protection reasons given in 2007 by the Federal Court of Appeal in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

*Held*, the application should be allowed.

The Board's conclusion that the conduct of the United States Army in Iraq, as described by the principal applicant, would not meet the definition of a war crime or a crime against humanity was accepted. However, the Board misinterpreted

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a statué que les demandeurs, des citoyens américains, n'avaient pas qualité de réfugiés au sens de la Convention. Le demandeur principal s'est enrôlé dans l'armée des États-Unis et a servi en Iraq, où il aurait été témoin de nombreux cas d'abus injustifiés, de détentions injustifiées, d'humiliation et de pillage par des compagnons d'armes. Le demandeur principal a choisi de désertier et est venu au Canada avec sa famille pour demander l'asile.

La Commission a statué que le demandeur principal ne s'opposait pas à la guerre en général; il s'opposait aux violations systématiques des droits de la personne qui découlaient de la conduite de l'armée des États-Unis en Iraq et à son obligation d'y participer. Elle a conclu qu'à moins que les événements décrits par le demandeur principal étaient suffisamment graves pour constituer des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, ils ne pouvaient pas, aux fins d'obtenir l'asile, justifier la désertion du demandeur principal de l'armée des États-Unis. Elle a aussi conclu que si le demandeur principal devait retourner aux États-Unis, il serait vraisemblablement traduit devant une cour martiale et condamné à un emprisonnement. La Commission a écarté la question de la protection de l'État dès le début de l'audience, au motif que l'agent de persécution était l'État lui-même.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la Commission avait commis une erreur de droit en décidant que le statut de réfugié pour un désertier militaire pouvait seulement être conféré lorsqu'il y avait une attente de participation à des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes contre la paix et de savoir si la Commission avait commis une erreur dans l'application des principes relatifs à la protection de l'État et, si oui, si le refus d'accorder le statut de réfugié aux demandeurs serait inévitable étant donné les motifs relatifs à la protection de l'État exposés en 2007 par la Cour d'appel fédérale dans *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La Cour a accepté la conclusion de la Commission selon laquelle la conduite de l'armée des États-Unis en Iraq décrite par le demandeur principal ne correspondrait pas à la définition de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. Cependant,

paragraph 171 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (UNHCR Handbook) by concluding that refugee protection for military deserters and evaders is only available where the conduct objected to amounts to a war crime, a crime against peace or a crime against humanity. The Board's narrow interpretation of paragraph 171 apparently rested upon a misreading of the decision in *Hinzman* and of the Federal Court of Appeal's decision in *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. Where the requirements of military service would put a person at risk of being excluded from refugee protection, the law must provide a meaningful anticipatory option. However, it does not follow from this that widespread violations of international law carried out by a military force but not rising to the level of war crimes or crimes against humanity can never support a refugee claim by a conscientious objector. The case law did not support the idea that refugee protection is only available where the particulars of one's objection to military service would, if carried out, exclude a claim by that person to protection.

The language of paragraph 171 of the UNHCR Handbook is not the language either of direct participation or even complicity; rather it speaks to unwanted association with objectionable military action. While that provision also incorporates the notion of international condemnation, the response of the international community to the legitimacy of a particular conflict or to the means by which it is being prosecuted has generally been seen as a relevant but not a determinative consideration. However, it will suffice in some cases. Paragraph 171 speaks of the need for international condemnation for "the type of military action" which the individual finds objectionable. Thus, even where the response of the international community is muted with respect to objectionable military conduct, the grant of refugee protection may still be available where it is shown that the impugned conduct is, in an objective sense and viewed in isolation from its political context, contrary to the basic rules or norms of human conduct. Military action which systematically degrades, abuses or humiliates either combatants or non-combatants is capable of supporting a refugee claim where that is the proven reason for refusing to serve. Therefore, the Board erred by imposing a too restrictive legal standard upon the principal applicant. Also, the Board's assertion that the applicant's past combat participation would not be sufficient to support his claim to asylum unless it constituted excludable conduct could not be correct since it would give rise to an unacceptable "catch-22" situation where the factual threshold for obtaining protection would necessarily exclude a claimant from that protection.

la Commission a commis une erreur dans son interprétation de l'article 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* (le Guide du HCR) en concluant que l'asile peut être accordé aux déserteurs militaires et aux insoumis uniquement lorsque la conduite visée par l'objection équivaut à un crime de guerre, un crime contre la paix ou un crime contre l'humanité. L'interprétation restrictive que la Commission a faite de l'article 171 semblait reposer sur une interprétation erronée de la décision rendue dans l'affaire *Hinzman* et de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Lorsque les exigences du service militaire exposeraient une personne au risque d'être exclue du droit d'asile, le droit doit prévoir une option préalable véritable. Il ne s'ensuit pas, cependant, que les violations largement répandues du droit international commises par des forces armées mais qui ne s'élèvent pas au rang de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ne peuvent jamais fonder une demande d'asile formulée par un objecteur de conscience. La jurisprudence n'était pas l'idée selon laquelle le droit d'asile peut seulement être accordé lorsque l'objet de l'objection d'un particulier au service militaire, s'il était réalisé, exclurait cette personne de la protection.

Le libellé de l'article 171 du Guide du HCR n'évoque pas la participation directe ni même la complicité; il évoque plutôt l'association involontaire à une action militaire à laquelle l'individu s'oppose. Bien que cette disposition intègre aussi la notion de condamnation internationale, la réponse de la communauté internationale à la légitimité d'un conflit donné ou aux moyens par lesquels il est mené a généralement été considérée comme un facteur pertinent mais non déterminant. Néanmoins, dans certains cas, ce facteur sera suffisant. L'article 171 mentionne la nécessité d'une condamnation internationale du « type d'action militaire » auquel l'individu s'oppose. Ainsi, même lorsque la communauté internationale reste muette au sujet de la conduite militaire à laquelle l'individu s'oppose, le droit d'asile peut tout de même être accordé s'il est démontré que cette conduite, objectivement et prise isolément de son contexte politique, est contraire aux règles ou normes de conduite les plus élémentaires. Une action militaire qui dégrade, maltraite ou humilie systématiquement soit des combattants, soit des non-combattants, peut fonder une demande d'asile lorsqu'il est démontré qu'il s'agit là du motif du refus de servir. En conséquence, la Commission a commis une erreur en imposant une norme juridique trop restrictive au demandeur principal. De même, l'affirmation de la Commission selon laquelle la participation passée au combat du demandeur ne serait pas suffisante pour fonder sa demande d'asile à moins qu'elle constitue une conduite visée par les clauses d'exclusion ne peut pas être correcte. En effet, cela donnerait lieu à une situation sans issue où les faits à démontrer pour obtenir le droit d'asile excluraient nécessairement le demandeur d'asile de cette protection.

In *Hinzman*, the Federal Court of Appeal made it very clear that soldiers facing punishment in the United States for desertion must, as a rule, pursue the available options for state protection at home before seeking protection in Canada. Based on this recent decision, there is no question that the Board erred by adopting the “state as persecutor” principle as the basis for finding that state protection was not available to the principal applicant. Nevertheless, because the circumstances of this case were very different from those which were considered in *Hinzman*, particularly because, unlike the situation in *Hinzman*, the applicant was not required to address the state protection issue, the state protection findings in *Hinzman* were not determinative of the outcome of this case. If there was clear and convincing evidence that the principal applicant faced a serious risk of prosecution and incarceration notwithstanding the possible availability of less onerous, non-persecutory treatment, he was entitled to make that case and to have that risk fully assessed by the Board.

Dans l’arrêt *Hinzman*, la Cour d’appel fédérale a indiqué très clairement que les soldats qui risquent d’être punis aux États-Unis pour désertion doivent, en règle générale, exercer les recours dont ils disposent pour obtenir la protection de l’État dans leur pays d’origine avant de demander l’asile au Canada. À la lumière de cet arrêt récent, il ne fait aucun doute que la Commission a commis une erreur en adoptant le principe de « l’État comme agent de persécution » pour conclure que le demandeur principal n’avait pas accès à la protection de l’État. Néanmoins, parce que les faits en l’espèce étaient très différents de ceux qui ont été examinés dans *Hinzman*, surtout parce que, contrairement à la situation dans l’arrêt *Hinzman*, le demandeur n’était pas obligé de traiter de la question de la protection de l’État, les conclusions concernant la protection de l’État dans *Hinzman* n’étaient pas déterminantes en l’espèce. Si des éléments de preuve clairs et convaincants avaient été présentés pour démontrer que le demandeur principal était exposé à un risque sérieux d’être poursuivi et d’incarcération malgré la possibilité qu’il soit éventuellement assujéti à un traitement moins sévère et qui ne constituerait pas de la persécution, le demandeur principal avait le droit de faire cette démonstration et de soumettre ce risque à un examen complet.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I to IV.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can.T.S. No. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 561; (2006), 266 D.L.R. (4th) 582; 61 Admin. L.R. (4th) 233; 290 F.T.R. 8; 55 Imm. L.R. (3d) 54; 2006 FC 420; *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; *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.); *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Al-Maisri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 642 (C.A.) (QL); *Sepev v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304; 2003 UKHL 15; *M.A. A26851062 v. U.S. I.N.S.*, 858 F.2d 210 (4th Cir. 1988).

##### DISTINGUISHED:

*Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 282 D.L.R. (4th) 413; 61 Admin.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.  
*Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 561; 2006 CF 420; *Chan c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69; *Al-Maisri c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 642 (C.A.) (QL); *Sepev v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304; 2003 UKHL 15; *M.A. A26851062 v. U.S. I.N.S.*, 858 F.2d 210 (4th Cir. 1988).

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 171.

L.R. (4th) 313; 63 Imm. L.R. (3d) 13; 362 N.R. 1; 2007 FCA 171.

## CONSIDERED:

*Tagaga v. I.N.S.*, 228 F.3d 1030 (9th Cir. 2000); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321.

## AUTHORS CITED

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.  
*Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation*, February 2004.  
 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.  
 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: Martinus Nijhoff, 2002.

APPLICATION for judicial review of a decision ([2006] R.P.D.D. No. 78 (QL)) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board dismissing claims for refugee status primarily on the ground that the events described by the principal applicant did not constitute war crimes or crimes against humanity. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Jeffry A. House* for applicants.  
*Margherita Braccio* and *Marianne Zoric* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

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

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Tagaga v. I.N.S.*, 228 F.3d 1030 (9th Cir. 2000); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

## DOCTRINE CITÉE

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.  
*Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation*, February 2004.  
 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*. La Haye : Martinus Nijhoff, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ([2006] D.S.P.R. n° 78 (QL)) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté les demandes d'asile principalement au motif que les événements décrits par le demandeur principal ne constituaient pas des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Jeffry A. House* pour les demandeurs.  
*Margherita Braccio* et *Marianne Zoric* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Jeffry A. House*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] BARNES J.: This is an application for judicial review brought by Joshua Adam Key, his wife Brandi Renee Key, and their four children from a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) [*Key v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*], [2006] R.P.D.D. No. 78 (QL)] rendered at Toronto on October 20, 2006. The applicants are all citizens of the United States and their claims to protection arise from Mr. Key's desertion from the United States Army.

#### I. Background

[2] Mr. Key enlisted in the United States Army in 2002 and in April 2003, he entered Iraq via Kuwait as a private in the 43rd Combat Engineer Company. Pte. Key and his Company were assigned to security duties in Iraq. This included the responsibility for conducting night-time raids of private Iraqi homes in search of weapons. Pte. Key's role in this was to blow open the doors with explosives and then to assist in both securing the premises and detaining the adult male occupants. Mr. Key alleged that during these searches he witnessed several instances of unjustified abuse, unwarranted detention, humiliation and looting by fellow soldiers, much of which he said was ignored by his superior officers. On other occasions while in Iraq, he witnessed or heard about the application of unwarranted physical abuse including lethal force against apparently innocent civilians.

[3] In November 2003, Mr. Key returned to the United States on a two-week furlough. He was then suffering from debilitating nightmares. Instead of reporting back to his unit, Pte. Key anonymously sought legal advice from a Judge Advocate General (JAG) representative who apparently told him to return to duty in Iraq or face imprisonment. Pte. Key elected to desert and he and his family relocated to Philadelphia. On March 8, 2005, the

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

[1] LE JUGE BARNES : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire formulée par Joshua Adam Key, son épouse, Brandi Renee Key, et leurs quatre enfants, à l'égard d'une décision de la Section d'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) [*Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*], [2006] D.S.P.R. n° 78 (QL)] rendue à Toronto le 20 octobre 2006. Les demandeurs sont tous des citoyens des États-Unis, et leurs demandes d'asile découlent de la désertion de M. Key de l'armée des États-Unis.

#### I. Contexte

[2] M. Key s'est enrôlé dans l'armée des États-Unis en 2002 et en avril 2003, il est entré en Irak par le Koweït à titre de soldat de la 43<sup>e</sup> compagnie de génie de combat. Le soldat Key et sa compagnie ont été affectés à des fonctions de sécurité en Irak. À ce titre, ils avaient notamment pour mission d'effectuer des descentes de nuit dans des résidences privées irakiennes à la recherche d'armes. Le rôle du soldat Key dans ce contexte consistait à ouvrir les portes au moyen d'explosifs puis à aider à sécuriser les lieux et à détenir les occupants adultes de sexe masculin. M. Key a allégué qu'au cours de ces fouilles, il avait été témoin de nombreux cas d'abus injustifiés, de détentions injustifiées, d'humiliation et de pillage par des compagnons d'armes, et que ses officiers supérieurs avaient ignoré une bonne part de ces incidents. À d'autres occasions pendant qu'il était en Irak, il a été témoin ou a entendu parler de mauvais traitements physiques injustifiés, y compris de l'emploi d'une force létale contre des civils apparemment innocents.

[3] En novembre 2003, M. Key est retourné aux États-Unis pour une permission de deux semaines. Il souffrait alors de cauchemars débilitants. Au lieu de se présenter à son unité, le soldat Key a demandé conseil à titre anonyme à un représentant du juge avocat général (JAG), qui lui aurait dit d'aller reprendre du service en Irak à défaut de quoi il risquait l'emprisonnement. Le soldat Key a choisi de désertir, et lui et sa famille ont

family came to Canada and they initiated their claims for refugee protection three days later.

déménagé à Philadelphie. Le 8 mars 2005, les membres de la famille sont venus au Canada, et ils ont déposé leurs demandes d’asile trois jours plus tard.

#### The Board’s Decision

#### La décision de la Commission

[4] The Board had no concerns about Mr. Key’s credibility. It observed that he testified [at paragraph 8] “in an honest and direct manner” and that he was “earnest,” “sincere,” “open,” and “spontaneous.” In the result, the Board accepted his allegations as truthful.

[4] La Commission n’avait aucune réserve quant à la crédibilité de M. Key. Elle a noté [au paragraphe 8] que son témoignage avait été « franc et direct », qu’il avait témoigné « avec honnêteté et sincérité » et qu’il était « ouvert » et « spontané ». En conséquence, la Commission a admis la véracité de ses allégations.

[5] The Board found that Mr. Key was not a conscientious objector in the usual sense of being opposed to war generally and that his objections to the conflict in Iraq were not politically or religiously motivated. Rather, what Mr. Key objected to were the systematic violations of human rights that resulted from the conduct of the United States Army in Iraq and the requirement that he participate. The Board summarized Mr. Key’s evidence concerning these events and compared his experiences to the observations of the International Committee of the Red Cross (ICRC) detailed in its report from 2003.<sup>1</sup> It is apparent that the Board found Mr. Key’s experiences to be consistent with the ICRC findings, as can be seen from the following passages from its decision [at paragraphs 34-36]:

[5] La Commission a conclu que M. Key n’était pas un objecteur de conscience au sens habituel, à savoir une personne qui s’oppose à la guerre en général, et que ses objections au conflit en Irak n’avaient pas de motivations d’ordre politique ni religieux. M. Key s’opposait plutôt aux violations systématiques des droits de la personne qui découlaient de la conduite de l’armée des États-Unis en Irak et à son obligation d’y participer. La Commission a résumé le témoignage de M. Key concernant ces événements et a comparé ses expériences aux observations formulées par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans son rapport de 2003<sup>1</sup>. La Commission semble bien avoir trouvé que les expériences de M. Key étaient compatibles avec les constatations du CICR, tel qu’il appert des passages suivants de la décision de la Commission [aux paragraphes 33 à 35] :

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

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

The *International Committee of the Red Cross (ICRC)* confirms that this type of military operation followed a “fairly consistent pattern.” In its *Report of the ICRC on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation*, covering the period between March and November 2003, the ICRC reported:

Arresting authorities entered houses usually after dark, breaking down doors, waking up residents roughly, yelling orders, forcing family members into one room under military guard while searching the rest of the house and further breaking doors, cabinets and other property. They arrested suspects, tying their hands in the back with flexi-cuffs, hooding them, and taking them away. Sometimes they arrested all adult males present in the house, including elderly, handicapped or sick people. Treatment also included pushing people around, insulting, taking aim with rifles, punching and kicking and striking with rifles. Individuals were often led away in whatever they happened to be wearing at the time of the arrest — sometimes in pyjamas or underwear — and were denied the opportunity to gather a few essential belongings, such as clothing, hygiene items medicine or eyeglasses. Those who surrendered with a suitcase often had their belongings confiscated. In many cases personal belongings were seized during the arrest, with no receipt being issued.

While some of those who were arrested may have been involved in armed resistance to the US-led occupation of Iraq, it is apparent that most were not. Indeed, the ICRC reports that between 70% and 90% of those arrested had been arrested by mistake. In any event, though, it is the activities of the troops in carrying out the raids and not the guilt or innocence of a particular person arrested that is germane to this analysis. In other words, the issue is not whether the raids were justified based on the results yielded but whether the methodology employed in those raids crossed the line. [Footnotes omitted.]

[6] The Board considered Mr. Key’s description of these events and seems to have felt that some of the behaviour contravened international law intended to protect civilians, albeit not rising to the level of war crimes or crimes against humanity. The Board’s views of this are set out in the following passages from its decision [at paragraphs 42-46 and 59]:

appris à cacher leurs fusils et leur matériel destiné à la fabrication de bombes à l’extérieur de leur domicile.

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a confirmé que ce type d’opération militaire semblait suivre un « schéma » assez uniforme. Dans le *Rapport du comité international (CICR) sur le traitement, par les forces de la coalition, des prisonniers de guerre et des autres personnes protégées par les conventions de Genève pendant leur arrestation, leur internement et leur interrogatoire en Irak*, couvrant la période de mars à novembre 2003, il est indiqué que :

[d]e manière générale, les autorités d’arrestation pénétraient dans les maisons la nuit, en défonçant les portes, réveillant les habitants sans ménagement, criant des ordres, forçant les membres de la famille à se regrouper dans une seule pièce sous garde militaire pendant que l’on fouillait la maison en cassant portes, meubles et autres biens. Des suspects furent arrêtés et embarqués, cagoulés et les mains menottées dans leur dos. Parfois, tous les hommes présents dans la maison furent arrêtés, y compris les vieux, les handicapés et les malades. Souvent, ce traitement incluait des bousculades, insultes, mise en joue avec armes, coups de poing et de pied ainsi que des coups de crosse. Les personnes furent souvent emmenées vêtues des vêtements qu’elles portaient au moment de l’arrestation - y compris pyjamas ou sous-vêtements - s’étant même vu refuser le droit de rassembler quelques effets personnels tels que vêtements, produits hygiéniques, médicaments ou lunettes. Les affaires de ceux qui se sont rendus avec une valise ont souvent été confisquées. À de nombreuses reprises, les affaires personnelles ont été saisies sans l’établissement d’un reçu.

Même si certaines des personnes qui ont été arrêtées ont peut-être contribué à la résistance armée contre les forces d’occupation dirigées par les États-Unis en Irak, il appert que la plupart d’entre elles ne l’ont pas fait. En effet, selon les rapports du CICR, entre 70 % et 90 % des personnes arrêtées l’ont été par erreur. De toute façon, ce sont les activités des troupes qui effectuaient des descentes, et non pas la culpabilité ou l’innocence d’une personne donnée qui est au centre de la présente analyse. En d’autres termes, il ne s’agit pas de déterminer si les descentes étaient justifiées en raison des résultats obtenus, mais plutôt si la méthode utilisée dépassait les bornes. [Notes de bas de page omises.]

[6] La Commission a apprécié la description que M. Key a faite de ces événements, et elle semble avoir estimé que certains des comportements contrevenaient au droit international visant à protéger les civils, bien qu’ils n’aillent pas jusqu’à constituer des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité. La Commission expose son point de vue à cet égard dans les passages suivants de sa décision [aux paragraphes 42 à 46 et 59] :

In my view, the manner in which the military routinely invaded the homes of Iraqi citizens and the conduct of the soldiers may have been violations of articles 27, 31, 32 and 33 of the *Fourth Geneva Convention*. In so raiding the homes, the military showed little understanding that the residents were protected persons under the Convention. The wanton destruction of property, the intimidation of the entire family including children, the absence of any cultural sensitivity, the disrespect for human dignity and physical integrity, the pillaging and the violence could well be breaches of the *Geneva Conventions*.

It could be argued that the home invasions were undertaken without any regard to the principle of proportionality. A score of young men brandishing weapons and armed with white phosphorous grenades descending on a sleeping family in the middle of the night, blowing up the front door is arguably disproportionate to the military objective of recovering contraband and bringing in men for questioning. One might conclude, the impact on the civilians far outweighs the advantages gained by the military in using this excessive methodology. Like the laws of war, occupation law is an ongoing application of the principals of necessity and proportionality. It is an exercise in finding an appropriate balance.

However, even if one were to assume that the raids under discussion were in breach of *Geneva Conventions*, I remain mindful that not all breaches of the *Geneva Conventions* are war crimes. As noted earlier, to reach the level of a war crime in the context of the *Geneva Conventions*, there must be a grave breach of the Conventions.

In my view, the home invasions in which Mr. Key participated, despite a disturbing level of brutality, did not reach to the level of a war crime. The invasions, in my opinion, do not reflect the heinous conduct anticipated by the definition of war crimes which according to the *Rome Statute* includes such misdeeds as murder, deportation to slave labour and taking civilian hostages. I am enured to this view given the recommendations or lack of same made by the ICRC in the aforementioned report with respect to home invasions. There was no suggestion that the invasions should be stopped, be less frequent or more targeted or that there be prosecutions of the transgressors; rather, it was recommended that the individuals involved receive adequate training enabling them to operate in a proper manner without resorting to brutality or using excessive force. The ICRC also reminded the military of its obligations to notify families of all prisoners of war or those arrested by the military of their place of detention. I would have

Je suis d'avis que la manière dont les militaires ont pénétré invariablement dans les domiciles des citoyens irakiens et la conduite des soldats peuvent avoir constitué des violations aux articles 27, 31, 32 et 33 de la Quatrième convention de Genève. En effectuant ainsi des raids dans les domiciles, les militaires ont montré peu de compréhension à l'égard du fait que les habitants étaient des personnes protégées aux termes de la Convention. La destruction malveillante de biens, l'intimidation des familles entières, y compris les enfants, l'absence d'égard envers les réalités culturelles et de respect pour la dignité humaine et l'intégrité physique, le pillage et la violence pourraient bien être des violations des Conventions de Genève.

Il est possible d'affirmer que les invasions de domicile ont été effectuées sans égard au principe de la proportion. De même, l'intervention d'un gros groupe de jeunes hommes qui brandissent des armes et qui sont armés de grenades de phosphore blanc, qui s'abattent dans le milieu de la nuit sur une famille endormie et qui font exploser la porte avant est sans doute disproportionnée à l'objectif militaire de recueillir des articles de contrebande et d'emmener des hommes aux fins d'interrogatoire. Les répercussions sur les civils l'emportent sur les avantages qu'en retirent les militaires en utilisant cette méthode excessive. Comme le droit international humanitaire, le droit appliqué pendant une occupation consiste dans l'application continue des principes de nécessité et de proportionnalité. Il faut maintenir un juste équilibre.

Toutefois, même si l'on tenait pour acquis que les descentes dont il est question constituaient un manquement aux Conventions de Genève, je demeure conscient que ce ne sont pas tous les manquements aux Conventions de Genève qui sont des crimes de guerre. Comme il a été mentionné précédemment, il faut qu'il y ait eu un grave manquement aux Conventions pour qu'un crime soit considéré comme un crime de guerre.

À mon avis, les invasions de domicile auxquelles M. Key a participé, en dépit d'une brutalité troublante, n'atteignent pas le niveau de crime de guerre. Selon moi, les invasions ne reflètent pas les comportements odieux visés par la définition de crimes de guerre qui, d'après le Statut de Rome, comprend des méfaits comme l'assassinat, la déportation pour des travaux forcés et la prise de civils en otage. J'abonde dans ce sens compte tenu des recommandations, ou de l'absence de recommandation, faites par le CICR dans le rapport susmentionné en ce qui concerne les invasions de domicile. Il n'a pas été avancé que les invasions devraient prendre fin, moins fréquentes ou plus ciblées ou encore que les transgresseurs devraient faire l'objet de poursuites : il a plutôt été recommandé que les intéressés reçoivent une formation adéquate qui leur permettrait d'agir de façon appropriée sans recourir à la brutalité ou à une force excessive. Le CICR a également rappelé à l'armée son obligation d'informer les

expected a much stronger set of recommendations from the ICRC had it considered the military action to be war crimes.

Nor do I consider the home invasions to be crimes against humanity. In my view, they simply do not rise to the level of mistreatment as anticipated by the *International Military Tribunal Charter* or the *Rome Statute*. Mr. Waldman points out that the Federal Court has held that the following types of conduct will constitute war crimes or crimes against humanity: participation in systematic acts of torture; participation on a tribunal which systematically sentenced people to death in violation of principals of justice; murdering innocent civilians who were held in prison; participation in a secret police force engaged in systematic extrajudicial killings and torture; and, participation in a program that enforced sterilization of women.

...

I find that Mr. Key would not have been excludable from Convention refugee protection on the basis of his participation in the war in Iraq or upon his return to duty in Iraq if he was to serve there again and therefore cannot avail himself of paragraph 171 of the UNHCR *Handbook*. [Footnotes omitted.]

[7] What is clear from the above passages is that the Board was of the view that unless the events Mr. Key described were sufficiently egregious as to constitute war crimes or crimes against humanity, they could not, for the purpose of obtaining refugee protection, justify his desertion from the United States Army.

[8] The Board concluded by finding, on a balance of probabilities, that if Mr. Key were to return to the United States he would be arrested, court martialled and sentenced to at least a year of imprisonment.

[9] The Board also found that some of the events described by Mr. Key that arguably did constitute war crimes (for example, the use of unjustified lethal force against civilians, the physical abuse of detainees, etc.) were isolated events or were otherwise based upon speculation.

familles de tout membre fait prisonnier de guerre ou les personnes arrêtées par elle de leur lieu de détention. Je me serais attendu à des recommandations plus sévères de la part du CICR si les actions de l'armée avaient été considérées comme des crimes de guerre.

Je ne considère également pas que les invasions de domicile sont des crimes contre l'humanité. À mon avis, ces invasions n'atteignent tout simplement pas le niveau de mauvais traitements énoncés dans le Statut du Tribunal militaire international ou le Statut de Rome. M. Waldman signale que la Cour fédérale a maintenu que les types de conduite suivants constituent des crimes contre l'humanité : la participation à des actes systématiques de torture, l'appartenance à des tribunaux qui condamnent systématiquement les gens à mort en violation des principes de justice, l'assassinat de civils innocents maintenus en détention, l'appartenance à une force policière secrète qui commet des assassinats extrajudiciaires et pratique la torture systématiquement et la participation à un programme qui oblige des femmes à se faire stériliser.

[...]

J'estime que M. Key n'aurait pas été susceptible d'être exclu de la protection des réfugiés au sens de la Convention en raison de sa participation à la guerre en Irak ou au moment de son retour en Irak dans le cadre de son affectation le cas échéant. Par conséquent, il ne peut invoquer le paragraphe 171 du Guide du HCR. [Notes de bas de page omises.]

[7] Il ressort à l'évidence des passages qui précèdent que la Commission était d'avis qu'à moins que les événements décrits par M. Key soient suffisamment graves pour constituer des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, ils ne pouvaient pas, aux fins d'obtenir l'asile, justifier la désertion de M. Key de l'armée des États-Unis.

[8] La Commission a finalement conclu que, selon la prépondérance des probabilités, si M. Key devait retourner aux États-Unis, il serait arrêté, traduit devant une cour martiale et condamné à un emprisonnement d'au moins un an.

[9] La Commission a également conclu que certains des événements décrits par M. Key qui constituaient peut-être des crimes de guerre (par exemple, l'emploi d'une force létale injustifiée contre des civils, l'infliction de mauvais traitements physiques à des détenus, etc.) étaient des événements isolés, ou sinon, relevaient de la spéculation.

[10] The issue of state protection was effectively taken off the table by the Board at the commencement of the hearing on the basis that the alleged agent of persecution in this case is the state itself. In the result, very little evidence was adduced concerning this issue beyond the testimony of Mr. Key that he had consulted a JAG representative and was advised that he had “two choices, either get back on the plane and go to Iraq or go to prison”.

## II. Issues

[11] (a) Did the Board err in law by holding that refugee status for a military deserter could only be conferred where there was an expectation of involvement in war crimes, crimes against humanity or crimes against peace?

(b) Did the Board err in its application of the principles of state protection and, if so, would the denial of refugee status to the applicants be inevitable in the face of the state protection reasons given by the Federal Court of Appeal in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 282 D.L.R. (4th) 413 (referred to hereinafter as *Hinzman* (F.C.A.))?

## III. Analysis

[12] The first issue raised on this application is an issue of law. So, too, is the question of whether the Board erred in its application of state protection principles. These are matters which must be assessed on a standard of correctness: see *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 561 (F.C.), at paragraph 113 (referred to hereinafter as *Hinzman*). The question of whether the outcome of this application would necessarily be the same having regard to the principles of state protection does not attract a standard of review analysis. That is a question for the Court to resolve independently by determining whether the claim was hopeless or the outcome was inevitable notwithstanding any errors made by the Board.

[10] La Commission a écarté la question de la protection de l'État dès le début de l'audience, au motif que l'agent de persécution en l'espèce est l'État lui-même. En conséquence, très peu d'éléments de preuve ont été présentés concernant cette question, au-delà du témoignage de M. Key selon lequel celui-ci avait consulté un représentant du JAG et avait été avisé qu'il avait [TRADUCTION] « deux choix : soit remonter à bord de l'avion et retourner en Irak ou aller en prison ».

## II. Questions en litige

[11] a) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que le statut de réfugié pour un déserteur militaire pouvait seulement être conféré lorsqu'il y avait une attente de participation à des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes contre la paix?

b) La Commission a-t-elle commis une erreur dans l'application des principes relatifs à la protection de l'État, et si oui, le refus d'accorder le statut de réfugié aux demandeurs serait-il inévitable étant donné les motifs relatifs à la protection de l'État exposés par la Cour d'appel fédérale dans *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, (ci-après *Hinzman* (C.A.F.))?

## III. Analyse

[12] La première question que soulève la présente demande est une question de droit. Est aussi une question de droit celle de savoir si la Commission a commis une erreur dans l'application des principes relatifs à la protection de l'État. Il s'agit de questions qui doivent être appréciées selon la norme de la décision correcte : *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 561 (C.F.), au paragraphe 113 (ci-après *Hinzman*). La question de savoir si le résultat de la présente demande serait nécessairement le même eu égard aux principes relatifs à la protection de l'État n'appelle pas une analyse relative à la norme de contrôle. Il s'agit d'une question que la Cour doit trancher de manière indépendante en

[13] For the sake of argument, I am prepared to accept the Board's conclusion that the conduct of the United States Army in Iraq as described by Mr. Key would not meet the definition of a war crime or a crime against humanity.<sup>2</sup> Nevertheless, the Board's observations [at paragraph 45] that some of that conduct reflected "a disturbing level of brutality" and that many of these reported indignities would represent violations of the Geneva Conventions [Geneva Conventions for the Protection of War Victims signed at Geneva on August 12, 1949, being Schedule I to IV of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3] prohibition against humiliating and degrading treatment cannot be seriously challenged.

[14] The Board concluded that refugee protection could only be extended to Mr. Key if he had been or would be expected to be complicit in the commission of war crimes, crimes against peace or crimes against humanity. Put another way, the Board indicated that refugee status can only be conferred where a soldier's past combat experiences or the expectations for further combat service would constitute excludable conduct under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (entered into force April 22, 1954). In my view, the Board erred in its interpretation of paragraph 171 of the UNHCR Handbook<sup>3</sup> by concluding that refugee protection for military deserters and evaders is only available where the conduct objected to amounts to a war crime, a crime against peace or a crime against humanity.

[15] The relevance of the UNHCR Handbook was considered by the Supreme Court of Canada in *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, at paragraph 46 where it was accepted as a "highly relevant authority": also see *Hinzman*, above, at paragraph 116. Accordingly, I consider that reference and the legal authorities which

déterminant si la demande d'asile était sans espoir ou si le résultat était inévitable malgré toute erreur commise par la Commission.

[13] Pour les fins de la discussion, je suis prêt à accepter la conclusion de la Commission selon laquelle la conduite de l'armée des États-Unis en Irak décrite par M. Key ne correspondrait pas à la définition de crime de guerre ou de crime contre l'humanité<sup>2</sup>. Néanmoins, les observations de la Commission [au paragraphe 45] selon lesquelles certains aspects de cette conduite étaient « d'une brutalité troublante » et bon nombre de ces indignités rapportées représenteraient des violations de l'interdiction des Conventions de Genève [Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, signées à Genève le 12 août 1949, qui constitue les annexes I à IV de la *Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3] contre les traitements humiliants et dégradants ne sauraient être sérieusement contestées.

[14] La Commission a conclu que l'asile pouvait être accordé à M. Key seulement si celui-ci avait été complice de crimes de guerre, de crimes contre la paix ou de crimes contre l'humanité ou si l'on pouvait s'attendre à ce qu'il soit complice de tels crimes. Autrement dit, la Commission a affirmé que le statut de réfugié peut seulement être conféré lorsque les expériences de combat passées d'un soldat ou les fonctions militaires qu'il serait appelé à exécuter à l'avenir constitueraient une conduite susceptible d'exclusion en vertu de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (entrée en vigueur le 22 avril 1954). À mon avis, la Commission a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR<sup>3</sup> en concluant que l'asile peut être accordé aux déserteurs militaires et aux insoumis uniquement lorsque la conduite visée par l'objection équivaut à un crime de guerre, un crime contre la paix ou un crime contre l'humanité.

[15] La Cour suprême du Canada a apprécié la pertinence du Guide du HCNUR dans l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, au paragraphe 46, où elle a qualifié ce texte d'« ouvrage très pertinent » : voir aussi *Hinzman*, précité, au paragraphe 116. En conséquence, je considère cette référence et les précédents qui l'ont

have considered and applied it to be determinative of the first issue raised on this application.

[16] Paragraph 171 of the UNHCR Handbook states:

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

[17] The Board's narrow interpretation of paragraph 171 of the UNHCR Handbook seems to me to rest upon a misreading of both Justice Anne Mactavish's decision in *Hinzman*, above, and the earlier Court of Appeal decision in *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540.

[18] The decision of Justice Mactavish in *Hinzman* thoroughly canvasses the developing law in this area and it is, therefore, unnecessary for me to repeat that analysis here. The material facts, though, in the *Hinzman* case and the legal issues they raised were different from those which arise in the case at bar. Although Mr. Hinzman had objected to the conduct of the American Armed Forces in Iraq, the Board held that the events he described were isolated and were not the consequence of deliberate combat policy or official indifference. This finding was upheld by Justice Mactavish and later described by the Federal Court of Appeal in the following way [at paragraph 30]:

According to the Board, the appellants failed to adduce sufficient evidence to show that if deployed to Iraq they would personally have been required to engage in conduct condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct.

Mr. Hinzman also challenged the legality of the conflict in Iraq and argued that refugee protection was available

mentionnée et l'ont appliquée comme étant déterminants en ce qui a trait à la première question que soulève la présente demande.

[16] Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR énonce :

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.

[17] L'interprétation restrictive que la Commission a faite du paragraphe 171 du Guide du HCNUR me semble reposer sur une interprétation erronée à la fois de la décision de la juge Anne Mactavish dans l'affaire *Hinzman*, précitée, et de l'arrêt antérieur de la Cour d'appel dans *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540, 155 N.R. 311.

[18] La décision de la juge Mactavish dans *Hinzman* comporte un examen exhaustif du droit en développement dans ce domaine, et il n'est donc pas nécessaire que je reprenne ici cette analyse. Cependant, les faits pertinents dans l'affaire *Hinzman* et les questions de droit qu'ils soulevaient diffèrent de ceux qui se présentent en l'espèce. Bien que M. Hinzman s'était opposé à la conduite des forces armées des États-Unis en Irak, la Commission avait statué que les événements qu'il décrivait étaient isolés et n'étaient pas la conséquence d'une politique de combat délibérée ou d'une indifférence officielle. La juge Mactavish a confirmé cette conclusion, que la Cour d'appel fédérale [au paragraphe 30] a par la suite décrite en ces termes :

Selon la Commission, les appelants n'ont pas produit suffisamment de preuves pour démontrer que, s'ils étaient envoyés en Irak, ils devraient personnellement commettre des actes condamnés par la communauté internationale comme étant contraires aux règles de conduite les plus élémentaires.

M. Hinzman contestait également la légalité du conflit en Irak et soutenait que le droit d'asile pouvait être accordé

where the conflict itself was illegal. This, he said [at paragraph 26], was sufficient to trigger paragraph 171 of the UNHCR Handbook which extends protection beyond circumstances of “on the ground” misconduct.

[19] It is apparent to me that the Board in *Hinzman* did not have before it the kind of evidence that was presented by Mr. Key and, therefore, neither the Board nor Justice Mactavish were required in that case to determine the precise limits of protection afforded by paragraph 171 of the UNHCR Handbook. I do not consider Justice Mactavish’s remarks to be determinative of the issue presented by this case—that is, whether refugee protection is available for persons like Mr. Key who would be expected to participate in widespread and arguably officially sanctioned breaches of humanitarian law which do not constitute war crimes or crimes against humanity.

[20] I recognize that there is a compelling policy rationale for affording refugee protection to persons faced with the choice of either being punished for refusing to serve or being placed at risk of participating (or being complicit) in the commission of war crimes or crimes against humanity: see *Tagaga v. I.N.S.*, 228 F.3d 1030 (9th Cir. 2000), at pages 1034-1035. Where the requirements of military service would put a person at risk of being excluded from refugee protection, the law must provide a meaningful anticipatory option. The idea that a refugee claimant in such circumstances ought to be returned to his home country to face such a dilemma is repugnant and inimical to the furtherance of humanitarian law. It does not follow from this, however, that widespread violations of international law carried out by a military force but not rising to the level of war crimes or crimes against humanity can never support a refugee claim by a conscientious objector. The case law I have reviewed does not support the idea that refugee protection is only available where the particulars of one’s objection to military service would, if carried out, exclude a claim by that person to protection.

lorsque le conflit lui-même était illégal. Cela était suffisant, disait-il [au paragraphe 26], pour déclencher l’application du paragraphe 171 du Guide du HCNUR, qui reconnaît le droit d’asile au-delà des cas d’inconduite « sur le terrain ».

[19] Or, la Commission dans *Hinzman* ne disposait pas d’éléments de preuve du genre de ceux que M. Key a présentés, et par conséquent, ni la Commission ni la juge Mactavish n’ont eu à déterminer dans cette affaire les limites précises de la protection prévue au paragraphe 171 du Guide du HCNUR. Je ne considère pas les observations de la juge Mactavish comme déterminantes au regard de la question que soulève la présente espèce — à savoir, si le droit d’asile peut être accordé aux personnes dont, à l’instar de M. Key, on pourrait s’attendre à ce qu’ils participent à des violations largement répandues du droit humanitaire, peut-être sanctionnées officiellement, qui ne constituent cependant pas des crimes de guerre ni des crimes contre l’humanité.

[20] Je reconnais qu’il y a une raison impérieuse d’ordre politique d’accorder le droit d’asile aux personnes qui sont mises devant l’alternative soit d’être punies du fait de leur refus de servir, soit de courir le risque de participer à la perpétration de crimes de guerre ou de crimes contre l’humanité (ou d’en être complices) : voir *Tagaga c. I.N.S.*, 228 F.3d 1030 (9th Cir. 2000), aux pages 1034 et 1035. Lorsque les exigences du service militaire exposeraient une personne au risque d’être exclue du droit d’asile, le droit doit prévoir une option préalable véritable. L’idée selon laquelle un demandeur d’asile en pareilles circonstances devrait être renvoyé dans son pays d’origine pour faire face à un tel dilemme est inconciliable avec la mise en œuvre du droit humanitaire. Il ne s’ensuit pas, cependant, que les violations largement répandues du droit international commises par des forces armées mais qui ne s’élèvent pas au rang de crimes de guerre ou de crimes contre l’humanité ne peuvent jamais fonder une demande d’asile formulée par un objecteur de conscience. La jurisprudence que j’ai examinée n’étaye pas l’idée selon laquelle le droit d’asile peut seulement être accordé lorsque l’objet de l’objection d’un individu au service militaire, s’il était réalisé, exclurait cette personne de la protection.

[21] The language of paragraph 171 of the UNHCR Handbook is not the language either of direct participation or even complicity; rather, it speaks to unwanted association with objectionable military action. While that provision also incorporates the notion of international condemnation, the response of the international community to the legitimacy of a particular conflict or to the means by which it is being prosecuted has generally been seen as a relevant but not a determinative consideration: see *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69. Nevertheless, in some cases it will suffice: see *Al-Maisri v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 642 (C.A.) (QL), at paragraph 6. That this is so is not surprising: there are many reasons for countries to be reticent to criticize the decisions or conduct of an ally or a significant trading partner even where the impugned actions would, in some other political context, draw widespread international condemnation. Paragraph 171 of the UNHCR Handbook speaks of the need for international condemnation for “the type of military action” which the individual finds objectionable. Thus, even where the response of the international community is muted with respect to objectionable military conduct, the grant of refugee protection may still be available where it is shown that the impugned conduct is, in an objective sense and viewed in isolation from its political context, contrary to the basic rules or norms of human conduct.

[22] The Court of Appeal decision in *Zolfagharkhani*, above, has been widely recognized as authoritative in this area of the law. The decision was applied with approval by the House of Lords in *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304 and it is cited in the von Sternberg text, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law: Canadian and United States Case Law Compared* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2002) for the following propositions [at pages 135 and 142]:

The original position of the Court of Appeal has undergone significant modification in the case law. Modern Canadian law has adopted an approach similar to that of the Ninth Circuit in the area of conscientious objection. In *Zolfagharkhani v.*

[21] Le libellé du paragraphe 171 du Guide du HCNUR n'évoque pas la participation directe ni même la complicité; il évoque plutôt l'association involontaire à une action militaire à laquelle l'individu s'oppose. Bien que cette disposition intègre aussi la notion de condamnation internationale, la réponse de la communauté internationale à la légitimité d'un conflit donné ou aux moyens par lesquels il est mené a généralement été considérée comme un facteur pertinent mais non déterminant : *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 69. Néanmoins, dans certains cas, ce facteur sera suffisant : voir *Al-Maisri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 642 (C.A.) (QL), au paragraphe 6. Il n'est pas surprenant qu'il en soit ainsi : il y a bien des raisons pour lesquelles les pays peuvent être réticents à critiquer les décisions ou la conduite d'un allié ou d'un partenaire commercial important même lorsque les actes reprochés susciteraient, dans un autre contexte politique, une condamnation internationale généralisée. Le paragraphe 171 du Guide du HCNUR mentionne la nécessité d'une condamnation internationale du « type d'action militaire » auquel l'individu s'oppose. Ainsi, même lorsque la communauté internationale reste muette au sujet de la conduite militaire à laquelle l'individu s'oppose, le droit d'asile peut tout de même être accordé s'il est démontré que cette conduite, objectivement et prise isolément de son contexte politique, est contraire aux règles ou normes de conduite les plus élémentaires.

[22] L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Zolfagharkhani*, précitée, a été largement reconnu comme faisant autorité dans ce domaine du droit. L'arrêt a été appliqué avec approbation par la Chambre des lords dans *Sepet v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 3 All E.R. 304, et il est cité dans le texte de 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 : Martinus Nijhoff, 2002), à l'appui des propositions suivantes [aux pages 135 et 142] :

[TRADUCTION] La position initiale de la Cour d'appel a subi d'importantes modifications dans la jurisprudence. Le droit canadien moderne a adopté une position similaire à celle du Neuvième circuit dans le domaine de l'objection de

*M.E.I.*, the Court of Appeal granted the applicant refugee status finding that his conscientious opposition to the use of chemical weapons in Iran's internal war against the Kurds was reasonable. The holding of *Zolfagharkhani* is considerably broader than any of the United States decisions discussed above and it adopts the correct standard for adjudicating such claims.

...

The view that the intent of the law provides the critical consideration in "conscientious objector" cases seems incomplete. The claimant in *Zolfagharkhani* had adopted a position in which he had refused to violate fundamental international humanitarian norms relating to the protection of human rights in armed conflict as set forth in a critical treaty. His relationship to the law must be seen then as one of comparative privilege. His right not to violate such peremptory norms is not qualified; the claimant is not, in other words, obligated to demonstrate that application of the law would entail, as to him, a disproportionately severe punishment. *Rather, the privilege obtaining with respect to a claimant's fundamental right not to violate the dignity of others is absolute. Any harm of a serious nature occasioned as the result of the claimant's having made this choice is persecution.* [Footnotes omitted.]

[23] It appears to me that *Zolfagharkhani*, above, did not turn on whether the claimant would be required to commit war crimes or crimes against humanity in order to obtain refugee protection. Indeed, it is at least implicit from that decision that no such finding was required to support a protection claim. While the Court of Appeal observed that the expectation that Mr. *Zolfagharkhani*'s work as a medic might implicate him in the commission of a war crime in the context of combat involving chemical weapons, it did not make such a finding the *sine qua non* of a successful claim to protection. Rather, the Court was fundamentally concerned with the moral weight to be assigned to the obligation to provide any form of material assistance to a regime that was conducting a repulsive military campaign. The Court held [at page 547] that where a reasonable person "would not be able to wash his hands of guilt" the claim to refugee protection will be made out.

[24] To the same effect is the decision of the Federal Court of Appeal in *Al-Maisri*, above. In that decision the

conscience. Dans *Zolfagharkhani c. M.E.I.*, la Cour d'appel a accordé au demandeur le droit d'asile en jugeant que son opposition de conscience à l'emploi d'armes chimiques dans la guerre interne de l'Iran contre les Kurdes était raisonnable. La portée de l'arrêt *Zolfagharkhani* est considérablement plus large que tous les jugements américains examinés plus haut, et il adopte la norme correcte pour statuer sur de telles demandes d'asile.

[...]

Le point de vue selon lequel l'objet de la loi constitue le facteur déterminant dans les affaires d'« objecteur de conscience » paraît incomplet. Le demandeur d'asile dans *Zolfagharkhani* avait adopté comme position qu'il avait refusé de violer des normes humanitaires internationales fondamentales relatives à la protection des droits de la personne dans un conflit armé énoncées dans un traité essentiel. Son rapport à la loi doit donc être considéré comme un rapport de privilège comparatif. Son droit de ne pas violer de telles normes impératives n'est pas nuancé; en d'autres mots, le demandeur d'asile n'est pas tenu de démontrer que l'application de la loi entraînerait, à son égard, une peine exagérément sévère. *Le privilège relié au droit fondamental du demandeur d'asile de ne pas violer la dignité d'autrui est absolu. Tout préjudice sérieux découlant de ce choix fait par le demandeur d'asile constitue de la persécution.* [Notes de bas de page omises.]

[23] L'affaire *Zolfagharkhani* ne soulevait pas la question de savoir si le demandeur d'asile serait tenu de commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité afin d'obtenir le droit d'asile. En effet, il ressort au moins implicitement de cet arrêt qu'aucune conclusion semblable n'était requise pour fonder une demande d'asile. Bien que la Cour d'appel ait noté qu'en étant tenu de travailler comme infirmier, M. *Zolfagharkhani* serait susceptible d'être impliqué dans la perpétration de crimes de guerre dans le contexte de combats où des armes chimiques seraient employées, elle n'a pas fait d'une telle conclusion une condition *sine qua non* de l'octroi du droit d'asile. La Cour se préoccupait plutôt essentiellement du poids moral à accorder à l'obligation d'offrir une quelconque forme d'assistance matérielle à un régime qui menait une campagne militaire repoussante. La Cour a statué [à la page 548] que lorsqu'une personne raisonnable « ne pourrait se laver les mains de toute culpabilité », la demande d'asile serait accueillie.

[24] L'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Al-Maisri*, précitée, va dans le même sens. Dans cet arrêt,

Court cited [at paragraph 6] with approval a passage from James C. Hathaway's text, *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991) which recognized that refugee protection is available where the impugned military activity violates basic international standards, including the violation of basic human rights and breaches of the Geneva Conventions standards for the conduct of war. The Court concluded by saying that official military action that is contrary to the basic rules of human conduct will support a refugee claim by a person unwilling to participate for that reason. It is also interesting that the Court held that essentially any form of punishment that might have been meted out by the Yemeni authorities for desertion would amount to persecution and thus support a claim to protection.

[25] In *Sepet*, above, the House of Lords was not directly concerned with claims to refugee protection where the compulsory military service would or might have required the claimants to commit war crimes or to otherwise violate international law. The sole evidentiary basis for those unsuccessful claims to asylum was a stated political opposition to the military policies of the Turkish government in relation to the Kurdish minority. The decisions there under review also included explicit factual findings that the claimants would not be required to engage in military action contrary to the basic rules of human conduct (see the decision of Lord Hoffman, at paragraph 26). It was thus unnecessary for the Court to determine the exact scope of the relevant paragraphs of the UNHCR Handbook in relation to oppressive or unlawful military conduct. Lord Bingham did, however, take note of the Joint Position Paper of the Council of the European Union which recognized that such claims could be allowed if the conditions under which military duties are performed constitute persecution and also if the performance of military duties would fall within the exclusion clauses of the Refugee Convention. Lord Hoffman similarly observed in an *obiter* remark that a claim to refugee protection might be founded upon a risk of punishment for desertion that was discriminatory or where the conditions of military service were persecutory or would otherwise require the claimant to "commit war crimes or the like" (see paragraph 52). It seems fairly obvious that these judgments did not purport to restrict refugee claims for desertion or draft

la Cour a cité avec approbation un passage du texte de James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Toronto : Butterworths, 1991), qui reconnaissait que le droit d'asile peut être accordé lorsque l'activité militaire reprochée viole des normes internationales élémentaires, notamment en cas de violation de droits fondamentaux de la personne et de normes des conventions de Genève relatives à la conduite de la guerre. La Cour a conclu en disant que l'action militaire officielle qui est contraire aux règles de conduite les plus élémentaires étayera une demande d'asile formulée par une personne qui ne souhaite pas y participer pour ce motif. Il est aussi intéressant de noter que la Cour a jugé qu'à peu près toute forme de sanction que les autorités yéménites auraient pu infliger pour désertion constituerait de la persécution et étayerait donc une demande d'asile.

[25] Dans l'arrêt *Sepet*, précité, la Chambre des lords ne s'intéressait pas directement aux demandes d'asile dans le contexte où le service militaire obligatoire obligerait ou pourrait obliger les demandeurs d'asile à commettre des crimes de guerre ou à violer autrement le droit international. Le seul élément de preuve présenté au soutien de ces demandes d'asile rejetées était une opposition politique affirmée aux politiques militaires du gouvernement turc à l'égard de la minorité kurde. Les décisions contrôlées dans cet arrêt comportaient aussi des conclusions de fait expresses selon lesquelles les demandeurs d'asile ne seraient pas tenus de prendre part à des actions militaires contraires aux règles de conduite les plus élémentaires (voir la décision de lord Hoffman, au paragraphe 26). La Cour n'a donc pas eu à déterminer la portée exacte des paragraphes pertinents du Guide du HCNUC concernant les conduites militaires oppressives ou illégales. Lord Bingham a toutefois pris acte de l'énoncé commun de principe du Conseil de l'Union européenne qui reconnaissait que de telles demandes pouvaient être accueillies lorsque les conditions dans lesquelles les fonctions militaires sont accomplies constituent de la persécution ainsi que lorsque l'exécution des fonctions militaires relèverait des clauses d'exclusion de la Convention sur les réfugiés. Dans le même ordre d'idées, Lord Hoffman a affirmé dans une remarque incidente qu'une demande d'asile pourrait être fondée sur un risque de sanction pour désertion qui serait discriminatoire ou lorsque les conditions du service militaire constitueraient de la persécution ou exigeraient

evasion to situations involving the likely commission of war crimes or crimes against humanity.

[26] Similarly, in *Krotov*, above, the Court dealt with the interpretation of paragraph 171 of the UNHCR Handbook in the following pertinent passage, at paragraphs 29-30:

In considering the rival submissions of the parties, I should say at once that, whereas Mr Wilken has made much before us of the differing nuances of expression employed in paragraph 171 of the Handbook and the recent jurisprudence as indicative of an undesirable vagueness surrounding the concept of a claim for asylum on the grounds of fear of persecution for refusal to participate in a repugnant war, I do not regard those differences as irreconcilable in respect of the test to be applied to the nature of the war or conflict to which objection is taken. In *Sepet and Bulbul*, Laws LJ simply adopted the wording of paragraph 171 (absent the reference to condemnation by the international community), namely military action involving acts “contrary to basic rules of human conduct”. Lord Bingham on the other hand referred to “atrocities or gross human rights abuses”. However, I do not doubt that both had in mind in this context conduct universally condemned by the international community, in the sense of crimes recognised by international law or at least gross and widespread violations of human rights. The Tribunal in *B v SSHD* propounded a test based upon paragraph 171 and an expansion of the words of Laws LJ as follows:

“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 as defined by international law.”

In this respect, there is a core of humanitarian norms generally accepted between nations as necessary and applicable to protect individuals in war or armed conflict and, in particular, civilians, the wounded and prisoners of war. They prohibit actions such as genocide, the deliberate killing and targeting of the civilian population, rape, torture, the execution and ill-treatment of prisoners and the taking of civilian hostages. [Emphasis added.]

par ailleurs que le demandeur d’asile [TRADUCTION] « commette des crimes de guerre ou d’autres actes semblables » (voir le paragraphe 52). Il paraît assez évident que ces arrêts n’entendaient pas limiter les demandes d’asile en cas de désertion ou d’insoumission aux situations supposant la perpétration vraisemblable de crimes de guerre ou de crimes contre l’humanité.

[26] Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *Krotov*, précité, la Cour a traité de l’interprétation du paragraphe 171 du Guide du HCNUR dans le passage pertinent suivant, aux paragraphes 29 et 30 :

[TRADUCTION] En examinant les observations opposées des parties, je devrais dire tout de suite que, tandis que M. Wilken a fait grand cas devant nous des nuances différentes dans les expressions employées au paragraphe 171 du Guide et de la jurisprudence récente qui tendraient, selon lui, à indiquer une imprécision indésirable entourant la notion de demande d’asile fondée sur une crainte de persécution pour refus de participer à une guerre répugnante, je ne considère pas ces différences comme inconciliables au regard du critère à appliquer à la nature de la guerre ou du conflit auquel le demandeur d’asile s’oppose. Dans *Sepet et Bulbul*, le lord juge Laws a simplement adopté le libellé du paragraphe 171 (sans la mention de la condamnation de la communauté internationale), à savoir une action militaire impliquant des actes « contraire[s] aux règles de conduite les plus élémentaires ». Lord Bingham, en revanche, a évoqué des « atrocités ou des atteintes flagrantes aux droits de la personne ». Cependant, je suis certain que tous deux songeaient dans ce contexte à une conduite condamnée universellement par la communauté internationale, au sens de crimes reconnus par le droit international ou, à tout le moins, de violations flagrantes et largement répandues des droits de la personne. Le tribunal dans *B v. SSHD* a énoncé le critère suivant fondé sur le paragraphe 171 et les motifs du juge lord Laws :

« Lorsque le service militaire auquel il est appelé implique des actes, auxquels il pourrait être associé, qui sont contraires aux règles de conduite les plus élémentaires au sens du droit international ».

À cet égard, il y a un ensemble de normes humanitaires essentielles généralement admises entre les nations comme étant nécessaires et applicables pour protéger les individus dans les contextes de guerre ou de conflit armé et, en particulier, les civils, les blessés et les prisonniers de guerre. Ces normes interdisent les actes tels que le génocide, le fait de tuer et de cibler délibérément la population civile, le viol, la torture, l’exécution de prisonniers, le mauvais traitement de prisonniers et la prise d’otages civils. [Soulignement ajouté.]

The Court then went on to identify the international law sources that could be invoked in support of a refugee claim. Included in that review were several articles of the four Geneva Conventions of August 12, 1949 which explicitly require humane treatment of civilians and which prohibit “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment” and “unlawful confinement.” The Court completed its analysis with the following conclusion, at paragraph 37:

In my view, the crimes listed above, if committed on a systemic basis as an aspect of deliberate policy, or as a result of official indifference to the widespread actions of a brutal military, qualify as acts contrary to the basic rules of human conduct in respect of which punishment for a refusal to participate will constitute persecution within the ambit of the 1951 Convention.

[27] Even the legal authorities from the United States do not seem to adopt such a restrictive standard. In *Tagaga*, above, refugee status was accorded to the claimant who was simply unwilling to participate in race-based arrests and detentions. This was based on a standard defined by participation in acts “contrary to basic rules of human conduct” and not by one restricted to war crimes or crimes against humanity.

[28] To the same effect is the decision of the United States Federal Courts of Appeal in *M.A. A26851062 v. U.S. I.N.S.*, 858 F.2d 210 (4th Cir. 1988), where the following standard was applied [at pages 218- 219]:

Similarly, we do not think that M.A. must wait for international bodies such as the United Nations to condemn officially the atrocities committed by a nation’s military in order to be eligible for political asylum. Paragraph 171 of the *Handbook* shelters those individuals who do not wish to be associated with military action “condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct. . . .” These basic rules are well documented and readily available to guide the Board in discerning what types of actions are considered unacceptable by the world community. The Geneva Conventions of August 12, 1949 represent the international consensus regarding minimum standards of conduct during wartime. They include the following, as to all of which M.A. has presented evidence to show their contravention by the Salvadoran military: the obligation to treat humanely persons taking no active part in hostilities, and the

La Cour a ensuite cerné les sources de droit international qui pouvaient être invoquées au soutien d’une demande d’asile. Cette recension comprenait plusieurs articles des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 qui exigent expressément un traitement humain des civils et qui interdisent « les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants » ainsi que « la détention illégale ». La Cour a terminé son analyse par la conclusion suivante au paragraphe 37 :

[TRADUCTION] À mon avis, les crimes énumérés ci-dessus, s’ils sont commis de manière systématique dans le cadre d’une politique délibérée, ou comme conséquence d’une indifférence officielle à l’égard d’actes largement répandus de forces armées brutales, constituent des actes contraires aux règles élémentaires de conduite à l’égard desquels une sanction pour refus d’y participer constitue de la persécution au sens de la Convention de 1951.

[27] Même les décisions judiciaires des États-Unis ne semblent pas adopter une norme aussi restrictive. Dans *Tagaga*, précité, le statut de réfugié a été accordé au demandeur d’asile qui refusait simplement de participer à des arrestations et des détentions fondées sur la race. Cette décision était fondée sur une norme définie par la participation à des actes [TRADUCTION] « contraires aux règles de conduite les plus élémentaires » et non par une norme limitée aux crimes de guerre et aux crimes contre l’humanité.

[28] Dans le même sens, les Cours d’appel des États-Unis ont appliqué la norme suivante dans l’arrêt *M.A. A26851062 v. U.S. I.N.S.*, 858 F.2d 210 (4th Cir. 1988) [aux pages 218 et 219] :

[TRADUCTION] Dans le même ordre d’idées, nous ne pensons pas que M.A. doive attendre que des organismes internationaux comme les Nations Unies condamnent officiellement les atrocités commises par l’armée d’un pays afin d’être admissible à l’asile politique. Le paragraphe 171 du Guide protège les individus qui ne veulent pas être associés à une action militaire « condamné[e] par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires [...] ». Ces règles élémentaires sont bien documentées et facilement accessibles pour aider la Commission à discerner quels types d’actions sont considérés comme inacceptables par la communauté mondiale. Les Conventions de Genève du 12 août 1949 représentent le consensus international concernant les normes minimales de conduite en temps de guerre. Elles comprennent les normes suivantes, au regard de chacune desquelles M.A. a présenté des

prohibition of certain acts, including violence to life and person, specifically murder of all kinds, mutilation, cruel treatment, and torture; and the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court. *See* Art. 3, Geneva Conventions of August 12, 1949, *reprinted in* United States Treaties and Other International Agreements Vol. 6, part 3 (1955).

We hold that M.A. has made out a prima facie case that he merits refugee status and thus consideration for political asylum on the basis of his sincere refusal to participate in the actions of the Salvadoran Armed Forces, and the likelihood that he will be punished for his refusal to serve. We think that M.A. has presented the evidence to show “an objective situation” from which it can be inferred that “persecution is a reasonable possibility.” *Stevic*, 467 U.S. at 424-425, 104 S.Ct. at 2498. [Footnotes omitted.] [Emphasis added.]

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

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

[31] That, however, does not end the matter because the Court has made it very clear in *Hinzman* (F.C.A.), above, that soldiers facing punishment in the United States for desertion must, as a rule, pursue the available options for state protection at home before seeking protection in Canada. In light of this recent decision,

éléments de preuve démontrant leur contravention par l’armée salvadorienne : l’obligation de traiter humainement les personnes qui ne prennent aucune part active aux hostilités et l’interdiction de certains actes, notamment l’atteinte à la vie et la violence contre la personne, en particulier les meurtres de toutes sortes, les mutilations, les traitements cruels et la torture; et le prononcé de sentences et l’exécution de peines capitales sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué. Voir l’art. 3, Conventions de Genève du 12 août 1949, réimprimé dans *United States Treaties and Other International Agreements* vol. 6, partie 3 (1955).

Nous statuons que M.A. a démontré à première vue qu’il mérite le statut de réfugié — et donc, que sa demande d’asile politique mérite d’être examinée sur le fondement de son refus sincère de participer à des actions des forces armées du Salvador — et qu’il est susceptible d’être puni s’il refuse de servir. Nous pensons que M.A. a présenté des éléments de preuve qui démontrent « une situation objective » de laquelle on peut déduire que « la persécution est une possibilité raisonnable. » *Stevic*, 467 U.S. aux pp. 424-425, 104 S.Ct. à la p. 2498. [Notes de bas de page omises.] [Soulignement ajouté.]

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

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

[31] Cela ne clôt cependant pas le débat, parce que la Cour a indiqué très clairement dans *Hinzman* (C.A.F.), précité, que les soldats qui risquent d’être punis aux États-Unis pour désertion doivent, en règle générale, exercer les recours dont ils disposent pour obtenir la protection de l’État dans leur pays d’origine avant de

there is no question that the Board erred by adopting the “state as persecutor” principle as the basis for finding that state protection was not available to Mr. Key.

[32] In the *Hinzman* case considerable evidence was developed around the issue of the likely punishment that would be meted out by the United States authorities. The Federal Court of Appeal was critical of the Board’s assessment of that evidence and found that much of it had been overlooked. The Court was also of the view that Mr. Hinzman had not adduced sufficient evidence to excuse his failure to pursue protection at home. In the absence of reasonable efforts to seek alternatives to combat duty or prosecution, the Court held, on the record before it, that it was not possible to assess how he would have fared. The circumstances of this case are very different from those which were considered in *Hinzman* and *Hinzman* (F.C.A.), above, most notably because, unlike Mr. Hinzman, Mr. Key was not required to address the state protection issue. I do not believe, therefore, that the state protection findings of the Court in *Hinzman* (F.C.A.), above, are determinative of the outcome of this case.

[33] There is not much doubt that Mr. Key would now likely face some form of punishment for desertion if he returned to the United States and, indeed, the Board found that he would, in all probability, be court martialled and sentenced to a year of imprisonment.

[34] Unlike many cases where state protection is invoked as the basis for denying refugee status, here the “die may have been cast” by Mr. Key’s decision to enter Canada before exhausting his protection options at home. Having completed a tour of duty in Iraq and in the face of his medical status it may have been the case that something other than the dubious choice presented to him by the JAG officer would have been available. Whether an administrative process leading to a dishonourable discharge is now the likely outcome for Mr. Key should he return is perhaps a matter for

demander l’asile au Canada. À la lumière de cet arrêt récent, il ne fait aucun doute que la Commission a commis une erreur en adoptant le principe de « l’État comme agent de persécution » pour conclure que M. Key n’avait pas accès à la protection de l’État.

[32] Dans l’affaire *Hinzman*, une preuve considérable a été produite concernant la sanction que les autorités infligeraient vraisemblablement. La Cour d’appel fédérale a critiqué l’appréciation que la Commission avait faite de ces éléments de preuve et a jugé qu’elle en avait ignoré une bonne part. La Cour était également d’avis que M. Hinzman n’avait pas produit suffisamment d’éléments de preuve pour excuser son défaut de tenter d’obtenir une protection dans son pays d’origine. En l’absence d’efforts raisonnables pour tenter de trouver des solutions de rechange aux fonctions de combat ou à la persécution, la Cour a jugé que, d’après les éléments de preuve dont elle disposait, il était impossible d’évaluer ce que de tels efforts auraient donné. Cependant, les faits de la présente espèce sont très différents de ceux qui ont été examinés dans *Hinzman* et *Hinzman* (C.A.F.), précités, surtout parce que, contrairement à M. Hinzman, M. Key n’a pas été obligé de traiter de la question de la protection de l’État. Je ne crois donc pas que les conclusions de la Cour concernant la protection de l’État dans *Hinzman* (C.A.F.), précité, soient déterminantes en l’espèce.

[33] Il fait peu de doutes que M. Key serait maintenant passible d’une certaine forme de sanction pour désertion s’il retournait aux États-Unis — et d’ailleurs, la Commission a conclu que, selon toute vraisemblance, il serait traduit devant une cour martiale et serait condamné à un emprisonnement d’un an.

[34] À la différence de bien des affaires où la protection de l’État est invoquée comme motif pour refuser une demande d’asile, en l’espèce, il se peut que « les dés aient été jetés » par la décision de M. Key d’entrer au Canada avant d’avoir épuisé ses recours en protection dans son pays d’origine. En effet, après avoir effectué une période de service en Irak, et compte tenu de sa condition médicale, il se pourrait bien que M. Key ait eu d’autres options que l’alternative douteuse qui lui a été présentée par le représentant du JAG. Cela dit, la question de savoir si M. Key fait maintenant face à la

speculation on this record. Such an outcome may well be unfair to Mr. Key but it would not constitute persecution. I do not, however, agree with counsel for the respondent that Mr. Key's claim is bound to fail on the issue of state protection. The Board removed that issue from consideration and, in the result, very little evidence was put forward on the point. I do not think it fair or appropriate that Mr. Key's claim should fail at this point on the basis of the subsequent development of the law of state protection in *Hinzman* (F.C.A.), above, and where, because of the Board's stipulation, Mr. Key did not have the opportunity to present a meaningful case on that issue. If there is clear and convincing evidence presented that Mr. Key faced a serious risk of prosecution and incarceration notwithstanding the possible availability of less onerous, non-persecutory treatment, he is entitled to make that case and to have that risk fully assessed. The significance of a failure to exhaust the options for domestic protection is not, after all, assessed in a vacuum. Such protections must be actually available and not illusory. It is also not a complete answer to the problem presented in cases like this to point to the presence of due process guarantees (although that is an aspect of the analysis).

[35] While the *Hinzman* (F.C.A.) decision has certainly set the bar very high for deserters from the United States military seeking refuge in Canada, the Court of Appeal acknowledged in that case the point made in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, that one's failure to fully pursue state protection opportunities will not always be fatal to a refugee claim. Clear and convincing evidence about similarly situated individuals who unsuccessfully sought to be excused from combat duty or who were prosecuted and imprisoned for a refusal to serve, may be sufficient to rebut the presumption of state protection in the United

perspective d'une procédure administrative menant à une exclusion pour cause d'indignité s'il retourne aux États-Unis est sans doute théorique compte tenu du présent dossier. Un tel dénouement pourrait bien être injuste pour M. Key, mais cela ne constituerait pas de la persécution. Cependant, je ne suis pas d'accord avec la procureure de l'intimé lorsqu'elle affirme que la demande d'asile de M. Key est vouée à l'échec eu égard à la question de la protection de l'État. La Commission a écarté sommairement cette question et, en conséquence, très peu d'éléments de preuve ont été produits sur ce point. Je ne pense pas qu'il soit équitable ou approprié que la demande de M. Key doive être rejetée à ce stade-ci à cause de l'évolution ultérieure du droit concernant la protection de l'État dans *Hinzman* (C.A.F.), précité, et dans un contexte où, à cause de la décision de la Commission, M. Key n'a pas eu l'occasion de faire valoir son point de vue sur cette question. Si des éléments de preuve clairs et convaincants sont présentés qui démontrent que M. Key était exposé à un risque sérieux d'être poursuivi et d'incarcération malgré la possibilité qu'il soit éventuellement assujéti à un traitement moins sévère et qui ne constituerait pas de la persécution, M. Key a le droit de faire cette démonstration et de soumettre ce risque à un examen complet. Après tout, l'importance du défaut d'épuiser les recours en vue d'une protection dans le pays d'origine ne s'apprécie pas dans le vide. Il faut que de telles protections soient effectivement disponibles et ne soient pas illusoire. Au surplus, le fait d'invoquer l'existence de garanties quant à l'application régulière de la loi ne vide pas complètement la question que soulèvent les cas comme celui-ci (bien que cela constitue un des aspects de l'analyse).

[35] Bien que l'arrêt *Hinzman* (C.A.F.) ait certainement fixé la barre très haut pour les déserteurs de l'armée des États-Unis qui demandent l'asile au Canada, la Cour d'appel a reconnu dans cette affaire l'affirmation formulée dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, selon laquelle le défaut d'un individu d'épuiser tous les recours en vue d'obtenir la protection de son État n'emportera pas toujours forcément le rejet de sa demande d'asile. Des éléments de preuve clairs et convaincants au sujet d'individus se trouvant dans une situation similaire et qui ont tenté sans succès d'être relevés de fonctions de combat ou qui ont

States. I would add that because Pte. Key would have been deployed back to Iraq within two weeks of his arrival in the United States, the opportunity to pursue a release or re-assignment may not have been realistic. Because the outcome of this case cannot be considered to be a foregone conclusion, Mr. Key should be given the opportunity to address fully the issue of state protection in a rehearing before the Board.

[36] In the result, this application for judicial review is allowed with the matter to be remitted to a differently constituted panel of the Board for reconsideration on the merits.

[37] As indicated at the time of the hearing, I will allow the respondent 10 days to propose a certified question. In the event of a question being posed, I will allow the applicants seven days to respond.

#### JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that this application for judicial review is allowed with the matter to be remitted to a differently constituted panel of the Board for reconsideration on the merits.

---

<sup>1</sup> The time frame of the ICRC investigation documented in the *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogations* was roughly equivalent to Pte. Key's tour of duty in Iraq.

<sup>2</sup> Pillaging is generally considered to be a war crime and a policy of carrying out widespread and systematic inhumane acts against a civilian population can constitute a crime against humanity.

<sup>3</sup> *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967*

été poursuivis et emprisonnés au titre d'un refus de servir pourraient être suffisants pour réfuter la présomption de protection de l'État aux États-Unis. J'ajouterais qu'étant donné que le soldat Key aurait été redéployé en Irak deux semaines après son arrivée aux États-Unis, la possibilité de tenter d'obtenir une libération ou une mutation n'aurait peut-être pas été réaliste. Puisque le dénouement de la présente affaire ne peut pas être considéré comme une conclusion déjà certaine, M. Key devrait avoir la possibilité de faire pleinement valoir son point de vue sur la question de la protection de l'État dans le cadre d'une nouvelle audience devant la Commission.

[36] En conséquence, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée à un tribunal de la Commission différemment constitué pour un nouvel examen sur le fond.

[37] Comme je l'ai indiqué au moment de l'audition, j'accorderai 10 jours à l'intimé pour proposer une question à certifier. Si une question est posée, j'accorderai sept jours aux demandeurs pour répondre.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie et que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la Commission différemment constitué pour un nouvel examen sur le fond.

---

<sup>1</sup> La période visée par l'enquête du CICR documentée dans le [TRADUCTION] *Rapport du Comité international (CICR) sur le traitement réservé par les forces de la coalition aux prisonniers de guerre et autres personnes protégées par les Conventions de Genève en Irak durant l'arrestation, l'internement et l'interrogatoire* coïncide à peu près avec la période de service du sdt. Key en Irak.

<sup>2</sup> Le pillage est généralement considéré comme un crime de guerre, et une politique de perpétration généralisée et systématique d'actes cruels contre une population civile peut constituer un crime contre l'humanité.

<sup>3</sup> *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951, et du*

*Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/REV.1.*      *Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/IP/4/Fre/REV.1.*