

IMM-677-09
2009 FC 1194

IMM-677-09
2009 CF 1194

Bethany Lanae Smith (*Applicant*)

Bethany Lanae Smith (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: SMITH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION)**

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

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, September 8
and November 20, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 8 septembre
et 20 novembre 2009.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention Refugee because failing to seek state protection, not proving serious possibility of persecution — Applicant, American, gay member of U.S. Army — Fearing persecution on basis of sexual orientation — After receiving death threats, applicant fleeing army base — Claiming U.S. Uniform Code of Military Justice would be applied to her in discriminatory fashion or application thereof would result in cruel, unusual treatment or punishment — Producing affidavit of very experienced U.S. military lawyer to support her claim — RPD erring when determining applicant would be submitted to prosecution, not persecution — Affidavit of applicant's witness not just lay opinion which RPD could reject without providing reasons — RPD discounting witness's experience, expertise without referring to adverse evidence — RPD having duty to determine whether applicant would suffer persecution resulting from relevant substantive law or process whereby law would be applied to her — Applicant submitting evidence that when going unpunished, acts of physical, sexual, verbal abuse, discrimination against homosexuals, may form basis of refugee claim — RPD could not simply ignore evidence suggesting homosexuals treated unequally before court martial — RPD thus erring in finding applicant not meeting burden of establishing serious possibility of persecution on Convention ground — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention parce qu'elle avait omis de se réclamer de la protection de l'État et n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution — La demanderesse, une citoyenne des États-Unis, est une lesbienne membre de l'armée des É.-U. — Elle craignait d'être persécutée en raison de son orientation sexuelle — Après avoir reçu des menaces de mort, la demanderesse s'est enfuie de la base militaire — Elle affirmait que le Code unifié de justice militaire des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaudrait à des traitements ou peines cruels et inusités — Elle avait produit un affidavit d'un avocat chevronné en droit militaire à l'appui de sa demande d'asile — La SPR a commis une erreur en concluant que la demanderesse serait soumise à des poursuites et non pas à de la persécution — L'affidavit du témoin de la demanderesse valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que la SPR pouvait rejeter sans motif — La SPR n'a pas tenu compte de l'expérience et de l'expertise du témoin sans faire mention d'une preuve contraire — La SPR était tenue de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée — La demanderesse avait produit une preuve démontrant que la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des homosexuels, lorsqu'elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d'une demande d'asile — La SPR ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales — La SPR a donc commis une erreur en statuant que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention — Demande accueillie.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention Refugee — In rejecting claim, RPD relying on fact 94 percent of U.S. Army deserters not court martialled but dealt with administratively — RPD not giving applicant notice of its specialized knowledge, not affording applicant opportunity to respond thereto in accordance with Refugee Protection Division Rules, r. 18 — RPD could not take “judicial notice” of fact at issue herein since not meeting applicable test, i.e. whether it could be considered by court without proof — Information at issue not characterized as falling within RPD’s specialized knowledge.

This was an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board that the applicant was not a Convention Refugee in accordance with section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* because she failed to seek state protection, which would have been adequate. The applicant is an American citizen and a homosexual member of the U.S. Army, from which she has deserted. She alleged a fear of persecution on the part of her colleagues and superiors because of her sexual orientation. She also claimed that she would be personally facing a risk to her life or cruel and unusual treatment or punishment if she were returned to the United States. When she initially enlisted, she was not aware of the meaning of the phrase “conscientious objector” contained in her contract and was not given any explanation when she inquired about it. She therefore unknowingly waived her right to claim that status. The applicant was sent to Fort Campbell in Kentucky and was eventually harassed because of her lesbian appearance. Upon hearing rumours about the applicant’s sexual orientation, her superiors began to treat her harshly. The applicant received death threats and, fearing for her life, decided to flee the base. She entered Canada and filed her refugee claim about a month later.

At the applicant’s refugee hearing, she claimed that the *U.S. Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) would be applied to her in a discriminatory fashion or its application would result in cruel and unusual treatment or punishment. To prove her point, she produced the affidavit of an attorney with 32 years of military law experience as a prosecutor, defence counsel and staff judge advocate. This attorney (the witness) testified that

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention — Lorsqu’elle a rejeté la demande d’asile, la SPR s’est fondée sur le fait que 94 p. 100 des déserteurs de l’armée américaine n’avaient pas été traduits en cour martiale, mais que les désertions avaient été réglées de façon administrative — La SPR n’a pas avisé la demanderesse de son intention d’utiliser des renseignements spécialisés et ne lui a pas donné l’occasion de faire des observations à leur égard en vertu de la règle 18 des Règles de la Section de la protection des réfugiés — La SPR ne pouvait pas prendre « connaissance d’office » des faits en cause en l’espèce parce que cela ne satisfaisait pas au critère applicable, c.-à-d. celui permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d’un fait particulier qui n’a pas été déposé en preuve — Le renseignement en question ne pouvait pas être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention au titre de l’article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* parce qu’elle avait omis de se réclamer de la protection de l’État, qui aurait été adéquate. La demanderesse est une citoyenne des États-Unis et une lesbienne membre de l’armée des États-Unis, qu’elle a désertée. Elle prétendait craindre d’être persécutée par ses collègues et ses supérieurs en raison de son orientation sexuelle. Elle affirmait aussi qu’elle serait personnellement exposée à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités en cas de retour aux États-Unis. Lorsqu’elle s’est d’abord enrôlée, elle ignorait le sens de l’expression « objecteur de conscience » qui se trouvait dans son contrat et elle n’a pas obtenu d’explication lorsqu’elle s’est renseignée à ce sujet. Elle a donc renoncé inconsciemment à son droit de réclamer ce statut. La demanderesse a été envoyée à Fort Campbell, au Kentucky, où elle a fini par se faire harceler parce qu’elle avait l’apparence d’une lesbienne. Lorsque les supérieurs de la demanderesse ont entendu des rumeurs au sujet de son orientation sexuelle, ils ont commencé à la traiter durement. La demanderesse a reçu des menaces de mort et, craignant pour sa vie, elle s’est enfuie de la base. Elle est arrivée au Canada et a déposé sa demande d’asile environ un mois plus tard.

Pendant son audience, la demanderesse a prétendu que le Code unifié de justice militaire des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaldrait à des traitements ou peines cruels et inusités. Pour prouver son argument, elle a produit l’affidavit d’un avocat qui comptait 32 années d’expérience en droit militaire en tant que procureur, avocat de la défense et juge-avocat de l’état-major. Cet avocat

the U.S. military judicial system is unfair to and biased against homosexuals and soldiers who go on absence without leave, and stated that the court-martial process is stacked in favour of the prosecution. The RPD rejected the witness's opinion and found it to be not credible.

Some of the main issues were whether the RPD erred: when it relied on evidence not before it and failed to give the applicant an opportunity to respond to that extrinsic evidence; when it failed to provide reasons as to why the expert evidence submitted on behalf of the applicant was not credible; and when it found that the applicant would be submitted to prosecution and not to persecution.

Held, the application should be allowed.

The RPD erred in determining that state protection would be available to the applicant. In particular, it erred when it relied on evidence not before it and when it failed to give the applicant an opportunity to respond to that extrinsic evidence. The evidence at issue stated that the majority of army deserters in the U.S. have not been prosecuted or court martialled and that 94 percent of them were dealt with administratively. This evidence came directly from a Federal Court decision dealing with a similar situation. Nonetheless, this was not the kind of fact that the RPD could take "judicial notice" of since it did not meet the test to determine whether a particular fact can be considered by a court without any proof. Judicial notice is the acceptance by a court, without the requirement of proof, of any fact or matter that is so generally known and accepted that it cannot be reasonably questioned. Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. While rules of evidence must be relaxed before administrative tribunals, this should not be taken as licence to accept in evidence controversial facts that have not been argued at all, especially when these facts can be of material significance for the outcome of a case of such vital importance for an applicant. The information at issue could not be characterized as falling within the specialized knowledge of the RPD. Even if it did, the applicant should have been advised that the RPD intended to use that knowledge and be given an opportunity to respond in accordance with Rule 18 of the *Refugee Protection Division Rules*. In the present case, the RPD did not give the applicant notice that it had specialized knowledge regarding the fact that 94 percent of deserters are dealt with administratively and that it intended to rely on that information. It did not provide the source of that information either and the applicant was not afforded an opportunity to respond thereto. The RPD lifted a finding made in a previous decision, which was clearly not acceptable since a finding of fact must always be based on the evidence submitted to the

(le témoin) a déclaré que le régime de justice militaire des États-Unis est injuste et partial à l'égard des homosexuels et des soldats qui s'absentent sans autorisation, et il a indiqué que le procès à la cour martiale penche en faveur de la poursuite. La SPR a rejeté le témoignage du témoin et a conclu qu'il n'était pas crédible.

Certaines questions d'importance à trancher étaient celles de savoir si la SPR avait commis une erreur en se fondant sur une preuve qui ne lui avait pas été présentée sans donner à la demanderesse la possibilité de répondre à cette preuve extrinsèque, en ne donnant pas les motifs pour lesquels la preuve d'expert présentée pour le compte de la demanderesse n'était pas crédible et en concluant que la demanderesse serait soumise à des poursuites et non pas à de la persécution.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La SPR a commis une erreur lorsqu'elle a décidé que la protection de l'État serait offerte à la demanderesse. Plus particulièrement, elle a commis une erreur lorsqu'elle s'est fondée sur une preuve qui ne lui avait pas été présentée et en ne donnant pas l'occasion à la demanderesse de répondre à cette preuve extrinsèque. Selon la preuve en cause, la plupart des déserteurs de l'armée américaine n'ont pas été poursuivis ni traduits en cour martiale et dans 94 p. 100 des cas, la question a été réglée de façon administrative. Cette preuve a été tirée directement d'une décision de la Cour fédérale portant sur une question semblable. Néanmoins, ce n'était pas le genre de faits dont la SPR pouvait prendre « connaissance d'office » parce que cela ne satisfaisait pas au critère permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d'un fait particulier qui n'a pas été déposé en preuve. La connaissance d'office est l'acceptation par un tribunal, sans exiger de preuve à l'appui, de tout fait connu ou admis d'une manière si générale qu'il ne saurait être raisonnablement mis en doute. La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Même si les règles de preuve doivent être moins strictes devant les tribunaux administratifs, cela ne justifie pas l'acceptation en preuve de faits contradictoires n'ayant fait l'objet d'aucune attestation, surtout si ces faits peuvent jouer un rôle important dans l'issue d'une affaire si vitale pour la demanderesse. Le renseignement en question ne pouvait pas être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR. Même si cela avait été le cas, la SPR aurait dû aviser la demanderesse de son intention d'utiliser ces renseignements spécialisés et lui donner l'occasion de faire des observations à leur égard conformément à la règle 18 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*. En l'espèce, la SPR n'a pas avisé la demanderesse qu'elle possédait des renseignements relevant de ses connaissances spécialisées, à savoir que 94 p. 100 des désertions avaient été réglées de façon administrative, et qu'elle

decision maker. The RPD therefore came to an unreasonable conclusion.

In determining that the applicant would be submitted to prosecution and not to persecution, the RPD questioned the credibility of the applicant's witness. While the witness was not qualified as an expert by the RPD and had no first-hand knowledge of the applicant or of her exact circumstances, his affidavit was not just a lay opinion that the RPD could reject without providing reasons for doing so. Although it was open to the RPD to prefer other evidence to that provided by the applicant's witness, it discounted the witness's experience and expertise without providing reasons or referring to adverse evidence. There was no evidence whatsoever before the RPD refuting the witness's evidence. The RPD's reason that there was an apparent inconsistency between the position the witness now took and the fact that he worked as a prosecutor in cases of desertion was not sufficient, in and of itself, to undermine his opinions. The accuracy and reliability of the underlying facts on which an expert's opinion is based will be crucial in determining the weight to be given to expert evidence. In the case at bar, the RPD not only found the applicant's story credible but failed to refute the facts upon which the opinion of the applicant's witness was based by referring to adverse evidence. While some of the witness's comments could properly be given little weight as they verged on advocacy, this was clearly not sufficient to justify the outright rejection of his affidavit altogether. Therefore, the RPD's attack on the witness's credibility was totally inappropriate and was based in part on pure speculation.

While fear of prosecution and punishment for desertion or draft-evasion does not in itself constitute well-founded fear of persecution, evidence of some form of discriminatory mistreatment before, during or even after military service can amount to persecution. The duty of the RPD was to determine whether the applicant would suffer persecution as a result of the relevant substantive law or of the process whereby the law would be applied to her. It is part and parcel of the assessment of a refugee claim to determine whether a claimant has a well-founded fear of persecution for reasons, *inter alia*, of her membership in a particular social group if the claimant is returned to his or her home country. Based on the *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* which the applicant submitted, acts of physical, sexual and

avait l'intention de se fonder sur ces renseignements. Elle n'a pas non plus fourni la source de ces renseignements ni donné à la demanderesse l'occasion d'y réagir. La SPR a fait sienne une conclusion tirée dans une décision antérieure, ce qui était clairement inadmissible, car il est bien établi qu'une conclusion de fait doit toujours être fondée sur la preuve présentée au décideur. En conséquence, la SPR a tiré une conclusion déraisonnable.

En concluant que la demanderesse ferait l'objet de poursuites et non de persécution, la SPR a mis en doute la crédibilité du témoin de la demanderesse. Bien que le témoin n'ait pas été reconnu comme expert par la SPR et qu'il ne connaissait pas personnellement la demanderesse ni sa situation exacte, son affidavit valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que la SPR pouvait rejeter sans motif. Même si la SPR était tout à fait libre de se fier à une autre preuve que celle fournie par le témoin de la demanderesse, elle a décidé de ne pas tenir compte de l'expérience et de l'expertise du témoin sans fournir de motif ni faire mention d'une preuve contraire. La SPR ne disposait d'absolument aucune preuve contredisant le témoignage du témoin. La raison fournie par la SPR selon laquelle il y avait une contradiction apparente entre la position que le témoin défendait maintenant et le fait qu'il ait travaillé comme procureur de la poursuite dans des affaires de désertion ne suffisait pas en soi à mettre en doute son opinion. L'exactitude et la fiabilité des faits servant de fondement à l'opinion sont cruciales lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur qui doit être accordée au témoignage de l'expert. En l'espèce, la SPR, en plus de juger crédible le récit de la demanderesse, n'avait pas, en invoquant une preuve contraire, contesté les faits sur lesquels se fondait l'opinion du témoin de la demanderesse. Bien que certaines remarques formulées par le témoin aient pu très bien n'avoir que peu de valeur puisqu'elles tendaient au militantisme, elles ne justifiaient certainement pas le rejet pur et simple de l'affidavit dans son ensemble. Par conséquent, il était tout à fait inapproprié pour la SPR d'affirmer que le témoin n'était pas crédible, et que, pour ce faire, elle s'était appuyée en partie sur de pures conjectures.

Bien que la crainte des poursuites et du châtiement pour désertion ou insoumission ne constitue pas pour autant une crainte justifiée d'être victime de persécutions, la preuve d'une forme de traitement discriminatoire avant, pendant ou même après le service militaire peut correspondre à de la persécution. La SPR était tenue de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée. Déterminer si un demandeur craint avec raison d'être persécuté en raison, entre autres, de son appartenance à un groupe social s'il est renvoyé dans son pays d'origine fait partie intégrante de l'examen d'une demande d'asile. Selon la *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre* produite

verbal abuse and discrimination against gays and lesbians, when they go unpunished, may form the basis of a refugee claim. This evidence could not simply be ignored by the RPD and had to be properly discussed and analysed before it could conclude that the UCMJ was a law of general application and applied in a non-discriminatory fashion. The RPD could not ignore the evidence suggesting unequal treatment for homosexuals before court martials, both in the exercise of the discretion to prosecute and in the sentencing. Therefore, the RPD erred in finding that the applicant had not met her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground or that it was more likely than not that she would be tortured or face a risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to the United States.

par la demanderesse, la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des gais et lesbiennes, lorsqu'elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d'une demande d'asile. La SPR ne pouvait pas faire fi de cet élément de preuve et elle devait l'analyser de manière adéquate avant de conclure que le Code était une loi d'application générale et était appliqué d'une façon non discriminatoire. La SPR ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales, à la fois dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites et dans l'imposition de la peine. La SPR a donc commis une erreur en statuant que la demanderesse n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention ou prouvé qu'elle risquait vraisemblablement d'être soumise à la torture ou d'être exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si elle retournait aux États-Unis.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 18.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §§ 885, 886, 920, 925.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85; *Minister of Employment and Immigration v. Saticum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Isakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 149, 322 F.T.R. 149; *Shahzada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1176.

DISTINGUISHED:

Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, 61 Admin. L.R. (4th) 313, affg 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, 266 D.L.R. (4th) 582, 61 Admin. L.R. (4th) 233.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règle 18.
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §§ 885, 886, 920, 925.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Saticum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Isakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 149; *Shahzada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1176.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 171, confirmant 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561.

REFERRED TO:

Sadeghi-Pari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 282, 37 Imm. L.R. (3d) 150; *Dosmakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1357, 68 Imm. L.R. (3d) 89; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959); *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 805; *Landry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275; *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 250 (T.D.) (QL); *Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1144 (T.D.) (QL); *Habiboglu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1664, 55 Imm. L.R. (3d) 195; *Pamuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1187, 238 F.T.R. 318; *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 601; *Santiago v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 247; *Arellano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1265; *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267, 2 C.C.C. (3d) 365; *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, 73 Imm. L.R. (3d) 27; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314, (1993), 102 D.L.R. (4th) 214, 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267; *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] Ex. C.R. 435, [1948] 4 D.L.R. 247; *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, (1993), 109 D.L.R. (4th) 16, [1994] 1 W.W.R. 129; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.

Sobel, Stacey L. et al. *Conduct Unbecoming: The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"*, Washington, D.C.: Servicemembers Legal Defense Network, 2000, online: <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>.

Terman, Sharon. *The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution: A draft report commissioned by the Center for Study of Sexual Minorities in the Military University of California, Santa Barbara*, Santa Barbara: University of California, 2004, online: <<http://escholarship.org/uc/item/5n9649fm.pdf>>.

DÉCISIONS CITÉES :

Sadeghi-Pari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 282; *Dosmakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1357; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959); *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 805; *Landry c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 594; *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 250 (1^{re} inst.) (QL); *Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1144 (1^{re} inst.) (QL); *Habiboglu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1664; *Pamuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1187; *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 601; *Santiago c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 247; *Arellano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1265; *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454; *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.); *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814; *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] R.C.É. 435, [1948] 4 D.L.R. 247; *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, Genève, 21 novembre 2008, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/499988e32.pdf>>.

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.

Paciocco, D. M. et L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4^e éd. Toronto : Irwin Law, 2005.

United Nations High Commissioner for Refugees. *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Geneva, 21 November 2008, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48abd5660.pdf>>.

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.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board that the applicant was not a Convention refugee because she failed to seek state protection and because she had not satisfied her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground. Application allowed.

APPEARANCES

Jamie Liew for applicant.
Brian Harvey for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Galdin Liew LLP, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: The applicant, Bethany Lanae Smith, is a 21-year-old American citizen who claims refugee protection pursuant to section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) [S.C. 2001, c. 27]. She is a homosexual member of the U.S. Army, from which she has deserted. She alleges a fear of persecution on the part of her colleagues and superiors because of her sexual orientation. She also claims she would be personally facing a risk to her life or cruel and unusual treatment or punishment if she were returned to the United States.

Sobel, Stacey L. *et al.* *Conduct Unbecoming : The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"*, Washington, D.C. : Servicemembers Legal Defense Network, 2000, en ligne : <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>.

Terman, Sharon. *The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution : A draft report commissioned by the Center for Study of Sexual Minorities in the Military University of California, Santa Barbara*, Santa Barbara : University of California, 2004, en ligne : <<http://escholarship.org/uc/item/5n9649fm.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention parce qu'elle avait omis de se réclamer de la protection de l'État et n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Jamie Liew pour la demanderesse.
Brian Harvey pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Galdin Liew LLP, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La demanderesse, Bethany Lanae Smith, âgée de 21 ans, est une citoyenne des États-Unis qui demande l'asile en vertu de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR). Elle est lesbienne et membre de l'armée des États-Unis, qu'elle a désertée. Elle prétend craindre d'être persécutée par ses collègues et ses supérieurs en raison de son orientation sexuelle. Elle prétend aussi qu'elle serait personnellement exposée à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités en cas de retour aux États-Unis.

[2] Her claim was rejected by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the RPD) in a decision dated February 2, 2009, on the ground that she had failed to seek state protection which would have been adequate. Having thoroughly reviewed the applicant's record, as well as the oral and written submissions of both parties, I have come to the conclusion that this application for judicial review ought to be allowed. Here are my reasons in support of that conclusion.

BACKGROUND

[3] The applicant was born in Texas in 1988. At the age of 16, her father discovered her sexual orientation and threw her out of his home. She then moved to Oklahoma to live with her mother.

[4] After completing her education, she held various jobs before deciding to join the army to make a better life for herself. She was promised by the recruitment officer that the army would pay for her college education and that she would have the opportunity to travel the world. She accepted the offer.

[5] In September 2006, she passed the physical, medical and aptitude tests. When she met with occupation personnel at the military entry program services, she made it clear that she did not want to engage in combat. She enlisted for three years as a mechanic. Her contract stipulated that she had no right to cancel it, although the army could do so at any time. It also contained a waiver of the "conscientious objector" status.

[6] The applicant alleges that, since the recruitment process involved a considerable amount of paperwork, she did not have an opportunity to read the contract itself. She also claims that when she enquired about the meaning of the phrase "conscientious objector", she was told that it was not important and that she should simply fill out the forms. She also claims that she did not know about the "Don't Ask, Don't Tell" policy towards homosexuals in the army.

[2] La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR ou la Commission) a rejeté sa demande, dans une décision datée du 2 février 2009, au motif qu'elle avait omis de demander la protection de l'État, qui aurait été adéquate. Après avoir procédé à un examen approfondi du dossier de la demanderesse, ainsi que des observations orales et écrites des deux parties, je suis arrivé à la conclusion que la présente demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. J'expose ci-dessous les motifs à l'appui de cette conclusion.

RÉSUMÉ DES FAITS

[3] La demanderesse est née en 1988, au Texas. À 16 ans, son père a découvert son orientation sexuelle et l'a mise à la porte de chez lui. Elle a déménagé en Oklahoma pour vivre avec sa mère.

[4] Après avoir terminé ses études, elle a occupé divers emplois avant de décider de se joindre à l'armée afin d'améliorer son sort. L'agent de recrutement de l'armée lui a promis que l'armée paierait ses études postsecondaires et qu'elle aurait l'occasion de voyager partout dans le monde. Elle a accepté l'offre.

[5] En septembre 2006, elle a réussi les examens physiques et médicaux, ainsi que les tests d'aptitude. Quand elle a rencontré le conseiller en orientation des services du programme d'entrée dans l'armée, elle lui a clairement dit qu'elle ne voulait pas prendre part aux combats. Elle s'est enrôlée, comme mécanicienne, pour trois ans. Son contrat stipulait qu'elle ne pouvait pas le rompre, même si l'armée pouvait le rompre en tout temps. Le contrat contenait aussi une renonciation au statut « d'objecteur de conscience ».

[6] La demanderesse allègue que, en raison de la grande quantité de documents qui lui a été présentée lors du processus de recrutement, elle n'a pas eu l'occasion de lire le contrat en soi. Elle déclare aussi que lorsqu'elle a demandé ce que signifiait l'expression « objecteur de conscience », on lui a répondu que ce n'était pas important et qu'elle devait simplement remplir les formulaires. Elle allègue aussi qu'elle ne connaissait pas la politique du

[7] In March 2007, she was sent to Fort Campbell in Kentucky and worked there as the only female mechanic in the motor pool. She was harassed and insulted by other soldiers because she had the appearance of a lesbian. The situation worsened when she was seen holding hands with another woman in a public place. When her superiors became aware of this situation, they started treating her harshly and giving her assignments that were incompatible with her medical condition. She also received hundreds of handwritten notes that were posted on her dormitory door, containing threats of beatings. In early June, she was particularly frightened by one note whereby she was threatened to be murdered in her sleep.

[8] The applicant did not tell anyone about the notes, because she did not know whom she could trust and whether she would be talking to authors of the notes. She did not confront her superiors either, because they had treated her badly after rumours circulated about her sexual orientation. She thought that they would not do anything to help her and she feared that higher-ranking officers were also behind those acts of harassment. She alleges that she destroyed all the notes.

[9] During one of her medical examinations, she told the medical examiner about a soldier who had grabbed her and thrown her to the ground. She did not disclose to the doctor that she was gay. He brushed off the incident as simple horseplay on the part of companions in arms.

[10] The applicant feared that the death threat in the note she had received in early June could become reality since, down the hall from her room, was the supplies room where the keys to all the rooms were kept. She tried to obtain a discharge by frankly revealing to her superiors that she was a lesbian. Her request was denied and the sergeant ordered her not to speak to officers of higher rank about it.

[TRANSDUCTION] « ne rien demander, ne rien dire » s'appliquant aux homosexuels dans l'armée.

[7] En mars 2007, elle a été envoyée à Fort Campbell, au Kentucky, où elle était la seule mécanicienne du service d'entretien mécanique. Les autres soldats l'ont harcelée et insultée parce qu'elle avait l'apparence d'une lesbienne. La situation s'est aggravée lorsqu'on l'a vue main dans la main avec une autre femme dans un lieu public. Lorsque ses supérieurs en ont entendu parler, ils ont commencé à la traiter durement et à lui confier des tâches que son état de santé ne lui permettait pas d'accomplir. Elle a aussi reçu des centaines de messages de menaces d'agression à son encontre, ces messages étaient écrits à la main et affichés à la porte de son dortoir. Au début du mois de juin, elle a eu particulièrement peur en raison d'un message qui contenait une menace de la tuer pendant son sommeil.

[8] La demanderesse n'a rien dit à qui que ce soit au sujet des messages, parce qu'elle ne savait ni à qui faire confiance ni si elle parlerait aux auteurs des messages. Elle ne s'est pas non plus tournée vers ses supérieurs, parce qu'ils l'avaient traitée durement après que des rumeurs se furent répandues sur son orientation sexuelle. Elle ne pensait pas qu'ils feraient quoi que ce soit pour elle et elle craignait que des officiers haut placés soient également impliqués dans le harcèlement. Elle affirme qu'elle a détruit tous les messages.

[9] Lors de l'un de ses examens médicaux, elle a parlé au médecin examinateur d'un soldat qui l'avait empoignée, secouée et jetée par terre. Elle n'a pas révélé au médecin qu'elle était lesbienne. Le médecin a minimisé l'incident, lui disant que ses collègues soldats voulaient simplement rigoler.

[10] La demanderesse craignait que les menaces de mort, contenues dans les messages qu'elle avait reçus au début du mois de juin, puissent devenir réelles, parce qu'au bout du couloir où se trouvait sa chambre, il y avait la salle d'approvisionnement, où étaient conservées les clés ouvrant toutes les chambres. Elle a tenté d'être libérée de son service dans l'armée en révélant ouvertement à ses supérieurs qu'elle était lesbienne. Sa demande a été refusée et le sergent lui a ordonné de ne pas en parler à des officiers haut placés.

[11] There is no evidence that the applicant applied for conscientious objector status. This issue appears to have been raised only at the time of her hearing before the Board, since nothing is mentioned in that respect in her Personal Information Form (PIF).

[12] On September 9, 2007, fearing that her life was in danger, she fled from the base with another soldier. After leaving the base, the applicant received an anonymous call, apparently from her base, threatening to “kick a hole in her face” if she returned to Fort Campbell. Another soldier from the base apparently sent her a text message saying that she deserved to be killed for deserting the unit.

[13] The applicant entered Canada on September 11, 2007 and filed her refugee claim on October 16, 2007.

THE IMPUGNED DECISION

[14] The RPD did not question the applicant’s sexual orientation and found that she was a gay person. The Board member also recognized that harassment and violence against lesbian and gay service members have been a source of concern. Reviewing the administrative and regulatory prohibitions on military service by lesbian, gay and bisexual persons since World War I, the Board member then summarized briefly the compromise solution better known as the “Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue” policy that has been officially followed since 1993. That policy, to which was added a directive explicitly banning harassment of lesbian and gay military personnel, was intended to ease the ban on homosexuals in the military. It distinguished between “being gay” and “acting on being gay”, allowing gay people to serve in the military provided that they did not engage in homosexual conduct. As recognized by the Board member himself, this policy has had mixed results [at paragraph 38]:

[11] Il n’y a pas de preuve que la demanderesse a présenté une demande pour obtenir le statut d’objecteur de conscience. La question semble avoir été soulevée seulement lors de l’audience à la Commission, car il n’en avait pas été fait mention dans son formulaire de renseignements personnels (FRP).

[12] Le 9 septembre 2007, craignant que sa vie soit en danger, la demanderesse s’est enfuie de la base avec un autre soldat. Après avoir quitté la base, la demanderesse a reçu un appel téléphonique anonyme d’une personne qui semblait être de sa base et qui l’a menacé de « lui tirer une balle dans la tête » si elle revenait à Fort Campbell. Apparemment, un autre soldat de la base lui a envoyé un message texte dans lequel il disait qu’elle méritait d’être tuée pour avoir déserté l’unité.

[13] La demanderesse est arrivée au Canada le 11 septembre 2007 et elle a déposé sa demande d’asile le 16 octobre 2007.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[14] La SPR n’a pas mis en doute l’orientation sexuelle de la demanderesse et elle a conclu que la demanderesse était lesbienne. Le commissaire a aussi reconnu que le harcèlement et la violence contre les militaires gais et lesbiennes étaient un sujet de préoccupation. Après avoir examiné les interdictions administratives et réglementaires que les gais, lesbiennes et personnes bisexuelles servent dans l’armée, depuis la Première Guerre mondiale, le commissaire a ensuite résumé la solution de compromis, plus connue comme étant la politique du [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire, ne pas enquêter », politique qui est officiellement respectée depuis 1993. Cette politique, à laquelle fut ajoutée une directive interdisant clairement le harcèlement des militaires gais et lesbiennes, avait pour but d’assouplir l’interdiction des homosexuels dans l’armée. La politique faisait la distinction entre [TRADUCTION] « être gai » et [TRADUCTION] « agir comme étant gai », ce qui permettait aux homosexuels de servir dans l’armée à condition qu’ils ne s’engagent pas dans des conduites homosexuelles. Comme le commissaire lui-même l’a reconnu, cette politique a eu des résultats mitigés (au paragraphe 38) :

Some scholars have challenged the basis of the “Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue” policy, as not offering protection to gay or lesbian military personnel from harassment or scrutiny. The success of its translation into practices that curb such harassment has been unclear and “... reports since the adoption of the plan suggest that sexual-orientation-based harassment continues to exist in the military ... from derogatory terms against lesbian and gay persons used in military training programs to incidents of severe violence,” such as in the 1990 murder of Barry Winchell, a soldier who was believed to be gay and who was beaten to death by a baseball bat while he was asleep.

[It is worth noting that Private Winchell was murdered in 1999, not in 1990, at Fort Campbell, the very base where the applicant was posted.]

[15] The Board member ruled, on the basis of two decisions of this Court (*Sadeghi-Pari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 282, 37 Imm. L.R. (3d) 150, and *Dosmakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1357, 68 Imm. L.R. (3d) 89) that a lesbian belongs to a particular social group for the purposes of the phrase “Convention refugee” and referred to a guidance note prepared by the United Nations Refugee Agency (UNHCR [United Nations High Commission for Refugees]) on sexual orientation and gender identity [*UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Geneva, 21 November 2008, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48abd5660.pdf>>]. He noted, in particular, that “there is no duty to be ‘discreet’ or to take certain steps to avoid persecution, such as living a life of isolation, or refraining from having intimate relationships” (paragraph 57). He then reviewed the documentary evidence provided by the applicant about the situation of homosexuals in the U.S. Army.

[16] According to the RPD, there are two determinative issues in this case: first, whether the acts of harassment and discrimination, even if not amounting to persecution individually, cumulatively constitute persecution, and second, whether the claimant has offered clear and convincing proof of the state’s inability or unwillingness to protect her.

Certains chercheurs ont contesté les fondements de la politique « *Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue* » [ne rien demander, ne rien dire, ne pas enquêter] et ont affirmé qu’elle ne protégeait en rien les militaires gais ou lesbiennes contre le harcèlement ou les examens approfondis. Il n’est pas clair que, une fois mise en pratique, cette politique empêche le harcèlement, et [TRADUCTION] « des rapports effectués depuis l’adoption du plan donnent à penser que le harcèlement fondé sur l’orientation sexuelle existe toujours dans l’armée, que ce soit sous la forme de propos méprisants utilisés pour désigner les gais et les lesbiennes dans les programmes de formation militaire ou sous la forme de graves incidents de violence », comme le meurtre, en 1990, de Barry Winchell, un soldat qui a été battu à mort avec un bâton de baseball pendant son sommeil parce qu’il était soupçonné d’être homosexuel.

[Il vaut la peine de souligner que le soldat Winchell a été tué en 1999, à Fort Campbell, et non pas en 1990, la même base où la demanderesse était affectée.]

[15] Se fondant sur deux décisions de la Cour (*Sadeghi-Pari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 282; *Dosmakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 1357), le commissaire a conclu que, au regard de la définition de « réfugié au sens de la Convention », les lesbiennes appartiennent à un groupe social particulier. Il a fait référence à une directive, préparée par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR), sur l’orientation et l’identité sexuelle [*Note d’orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre*, Genève, 21 novembre 2008, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/499988e32.pdf>>]. En particulier, au paragraphe 57, le commissaire a fait observer qu’il « n’y a pas d’obligation d’être “discret ou discrète” ou de prendre certaines mesures pour éviter d’être persécuté(e), comme vivre dans l’isolement ou s’abstenir de relations intimes ». Il a ensuite examiné la preuve documentaire relative à la situation des homosexuels dans l’armée des États-Unis présentée par la demanderesse.

[16] Selon la SPR, il y a deux questions déterminantes dans la présente affaire. Premièrement, la question de savoir si les actes de harcèlement et de discrimination, même s’ils n’équivalent pas à de la persécution lorsqu’ils sont pris individuellement, peuvent constituer de la persécution lorsqu’ils sont envisagés cumulativement. Deuxièmement, la question de savoir si la demanderesse

[17] As to her first claim, the applicant had to show that the U.S. *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) [10 U.S.C. §§ 801–946] would be applied to her in a discriminatory fashion or that the application thereof would result in cruel and unusual treatment or punishment. For that purpose, she invoked the affidavit of Donald G. Rehkopf Jr., an attorney who has 32 years of military law experience as a prosecutor, defence counsel and acting staff judge advocate. In essence, his testimony is to the effect that the U.S. military judicial system is unfair to, and biased against homosexuals and soldiers who go on absence without leave (AWOL). In his view, the court-martial process is stacked in favour of the prosecution. On the basis of the information he received from the applicant’s counsel, he opined that the applicant is in all probability facing a sentence of imprisonment of at least three years if deported to the U.S.; in that respect, he goes even much further than appellants’ counsel in *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413 (as reported at paragraph 40 of that decision), who had submitted that deserters face one to five years in prison. Citing the American case law, Mr. Rehkopf is of the view that life imprisonment is a “practical and legal” punishment for deserters in time of war.

[18] Mr. Rehkopf also asserted that the applicant cannot effectively defend herself against a charge of desertion. If Ms. Smith were to plead mitigating circumstances (e.g. by arguing that her desertion was due to scruples of conscience against war even though she had failed to obtain her discharge as a conscientious objector), she could make a convincing case only by disclosing her true reasons for leaving the army. She would then find herself in deeper trouble, considering the climate of prejudice against, the harassment and indeed the threats directed at military members who are perceived as being non-heterosexual. Should she assert that her superiors ignored the threats made against her, the military authorities will, in effect, punish her for revealing a very embarrassing truth about the military. Moreover, she could face additional criminal charges for having had sexual relations with a

a présenté une preuve claire et convaincante de l’inaptitude ou de l’absence de volonté de l’État à la protéger.

[17] Pour prouver sa première allégation, la demanderesse devait établir que le Code unifié de justice militaire [*Uniform Code of Military Justice*, 10 U.S.C. §§ 801 à 946] des États-Unis lui serait appliqué de façon discriminatoire ou que son application équivaldrait à des traitements ou peines cruels et inusités. Pour ce faire, elle s’est fondée sur l’affidavit de Donald G. Rehkopf Jr., un avocat qui a 32 années d’expérience en droit militaire en tant que procureur, avocat de la défense et juge-avocat de l’état-major par intérim. Pour l’essentiel, son témoignage était que le régime de justice militaire des États-Unis est injuste et partial à l’égard des homosexuels et des soldats qui s’absentent sans autorisation. Selon lui, le procès à la cour martiale penche en faveur de la poursuite. Se fondant sur les renseignements qu’il a obtenus de l’avocat de la demanderesse, il croit que la demanderesse serait vraisemblablement exposée à une peine d’emprisonnement d’une période minimale de trois ans, si elle était expulsée vers les États-Unis. À cet égard, il va beaucoup plus loin que l’avocat des appelants dans l’affaire *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 171 (voir le paragraphe 40 de cet arrêt), selon qui les déserteurs risquent de un à cinq ans de prison. Citant la jurisprudence des États-Unis, M. Rehkopf est d’avis que l’emprisonnement à vie est une peine [TRADUCTION] « pratique et légale » infligée aux déserteurs en temps de guerre.

[18] M. Rehkopf affirme aussi que la demanderesse ne peut pas se défendre de façon efficace contre l’accusation de désertion. Si la demanderesse plaide des circonstances atténuantes (par exemple, en soutenant que sa désertion était due à des scrupules à l’égard de la guerre, et ce, même si elle n’avait pas réussi à être libérée de son service au motif qu’elle est un objecteur de conscience), elle ne pourrait faire valoir son point de vue de façon convaincante que si elle révèle les vraies raisons pour lesquelles elle a quitté l’armée. Elle se trouverait dans une situation encore plus difficile, vu le climat de préjugés, le harcèlement et, en fait, les menaces envers les militaires qui sont vus comme n’étant pas hétérosexuels. Si elle affirmait que ses supérieurs ont fermé les yeux sur les menaces dont elle était l’objet, les autorités militaires la puniraient, de fait, pour avoir étalé au grand

person of the same sex, in violation of Article 120 [§ 920] (indecent act) or Article 125 [§ 925] (sodomy) of the UCMJ.

[19] In short, Mr. Rehkopf believes that although the U.S. Army are able to protect the claimant, they are not willing to do so because of their hostility and bias against lesbians and gays. Considering the anti-gay/lesbian climate at Fort Campbell, finding fair and open-minded jurors on her court-martial panel will be next to impossible, in his view, because anyone who showed sympathy for her position would be challenged by the prosecution.

[20] The Board rejected Mr. Rehkopf's opinion and found it to be not credible. First, it determined that it was based on a number of assumptions that were speculative at best. Moreover, the Board member noted that there is no evidence that a defence counsel has ever challenged the "Don't Ask, Don't Tell" policy on the basis of a Supreme Court decision invalidating a Texas statute making it a crime for two adults of the same sex to engage in consensual sodomy (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)). It is not clear what inference is to be drawn from this observation; the Board member may be suggesting that Articles 120 and 125 of the UCJM could well be declared unconstitutional if challenged on behalf of the applicant.

[21] The Board member also found that the Winchell murder was an isolated incident, and added that he "suspected" the perpetrator(s) must have been sentenced to a lengthy term of imprisonment and subjected to other severe penalties. As a result, he rejected Mr. Rehkopf's opinion that there is clear and convincing evidence of the state's inability to protect the claimant.

[22] The Board also viewed the applicant's situation as not distinguishable from that of Mr. Hinzman, because

jour une vérité très embarrassante au sujet de l'armée. En outre, elle pourrait être exposée en plus à des accusations criminelles d'avoir eu des relations sexuelles avec des personnes du même sexe, en contravention de l'article 120 [§ 920] (action indécente) ou de l'article 125 [§ 925] (sodomie) du Code unifié de justice militaire.

[19] En résumé, M. Rehkopf croit que même si l'armée des États-Unis est en mesure de protéger la demanderesse, l'armée ne veut pas le faire en raison de son hostilité envers les lesbiennes et les gais. Étant donné le climat hostile aux gais et aux lesbiennes qui règne à Fort Campbell, avoir des jurés impartiaux et ouverts d'esprit dans la formation de la cour martiale de la demanderesse serait presque impossible, selon lui, parce que quiconque ferait preuve de compréhension à l'égard de la demanderesse se ferait récuser par la poursuite.

[20] La Commission a rejeté le témoignage de M. Rehkopf et elle a conclu qu'il n'était pas crédible. Premièrement, la Commission a décidé que M. Rehkopf avait fondé son témoignage sur un certain nombre d'hypothèses plus ou moins réalistes. En outre, le commissaire a souligné qu'aucun des éléments de preuve présentés ne donnait à penser qu'un avocat de la défense avait déjà contesté la politique [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire » sur la base de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis qui invalidait une loi du Texas criminalisant la sodomie entre deux adultes consentants de même sexe (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)). L'inférence devant être tirée de cette observation n'est pas claire; le commissaire peut donner à entendre que les articles 120 et 125 du Code unifié de justice militaire pourraient bien être déclarés inconstitutionnels s'ils étaient contestés pour le compte de la demanderesse.

[21] Le commissaire a aussi conclu que le meurtre du soldat Winchell était un acte isolé et il a ajouté qu'il « suppose » que les auteurs du meurtre avaient dû se voir infliger de longues peines d'emprisonnement et d'autres peines sévères. Par conséquent, il a rejeté l'avis de M. Rehkopf selon qui il y avait une preuve claire et convaincante de l'inaptitude de l'État à protéger la demanderesse.

[22] La Commission a aussi estimé que la situation de la demanderesse ne différait pas de celle de M. Hinzman,

both of them had formally claimed “conscientious objector” status and were reluctant to engage in combat. In this respect, the Board did not accept as credible the applicant’s evidence that she did not know what that phrase meant. On the contrary, the member found that the applicant voluntarily enlisted in the U.S. Army, and just like Mr. Hinzman developed an objection to the war in Iraq after having spent some time in the military. The Board member determined that there is no internationally recognized right to be a conscientious objector with respect to a specific war (except in the specific cases provided for in paragraph 171 of the UNHCR Handbook [*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, reedited January 1992]). The fact that the claimant may face prosecution upon return to the United States did not reveal a failure of state protection or persecution on the basis of political opinion.

[23] The Board member also rejected Mr. Rehkopf’s assessment of the court-martial process as being biased, preferring to follow the Federal Court and the Federal Court of Appeal which have both determined that the UCMJ as a law of general application, was not applied in a discriminatory fashion.

[24] In concluding that prolix part of his reasons, the Board member questioned the credibility and expertise of Mr. Rehkopf. Referring to his statement that he has served as a prosecutor, defense counsel and acting staff judge advocate and tried more than 225 cases, the member challenged Mr. Rehkopf’s honesty, and wondered how he could persist in prosecuting deserters if he was so concerned about the inequities and unfairness of the military justice system.

parce que tous les deux s’étaient présentés formellement comme étant des objecteurs de conscience et comme étant réticents à prendre part au combat. À ce sujet, la Commission a estimé que les affirmations de la demanderesse selon lesquelles elle ne savait pas ce que signifiait l’expression « objecteur de conscience » n’étaient pas crédibles. Au contraire, le commissaire a conclu que la demanderesse s’était volontairement enrôlée dans l’armée des États-Unis, et que, comme M. Hinzman, elle avait commencé à s’opposer à la guerre en Iraq après avoir passé un certain temps dans l’armée. Le commissaire a décidé qu’il n’existe aucun droit reconnu à l’échelle internationale de s’opposer, pour des raisons de conscience, à une guerre en particulier (sauf dans des circonstances précises décrites au paragraphe 171 du guide du HCNUR [*Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992]). Pour le commissaire, le fait que la demanderesse puisse être exposée à des poursuites à son retour aux États-Unis n’équivaut pas au défaut de l’État de la protéger ou à de la persécution fondée sur les opinions politiques.

[23] Le commissaire a aussi écarté l’évaluation de partialité faite par M. Rehkopf au sujet du processus suivi par les cours martiales aux États-Unis. Le commissaire a plutôt suivi la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale, qui ont toutes les deux décidé que le Code unifié de justice militaire des États-Unis, en tant que loi d’application générale, n’était pas appliqué de façon discriminatoire.

[24] En conclusion de cette partie prolix de ses motifs, le commissaire a remis en cause la crédibilité et l’expertise de M. Rehkopf. Faisant référence à la déclaration de M. Rehkopf selon laquelle il avait été procureur, avocat de la défense et juge-avocat de l’état-major par intérim, et il avait participé à l’instruction de plus de 225 affaires, le commissaire a remis en cause l’honnêteté de M. Rehkopf et il s’est demandé comment M. Rehkopf avait pu continuer à poursuivre les déserteurs, s’il était si préoccupé par les iniquités et les injustices au sein du régime de justice militaire.

[25] Commenting next on the disparities of sentences imposed by the Court Martial, the Board member noted that the requirement of uniformity had been abolished by the Court in 1959 (*United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959)); it was recognized that consideration must be given to the individualized circumstances of the offenders. That being said, the Court of Criminal Appeals is expected to ensure a minimal degree of uniformity in relation to sentencing, and Articles 85 [§ 885] and 86 [§ 886] of the UCMJ set maximum punishment for desertion and AWOL in various circumstances. Such a system allows deserters to be treated uniformly and to be spared any vindictiveness on the part of the sentencing authority.

[26] The Board member also noted that the applicant waited a little more than one month to file her refugee claim. In his view, that delay was inconsistent with the situation of a refugee fleeing for her life and with probable knowledge that Canada was a refuge for other members of the U.S. military who had preceded her. While this was not held to be a determinative factor, it was nevertheless taken into account as a factor relevant to the assessment of her subjective fear.

[27] Finally, the Board reiterated that an applicant is required to seek the protection of her or his state where it might reasonably be forthcoming. In the case at bar, the applicant spoke to the First Sergeant but did not make any attempts to seek help from higher authorities in her unit. The member dismissed her explanation that higher-ranking officers were involved in the harassment that she had suffered, characterizing this allegation as mere speculation. As for the argument that the military criminal code discriminates against gays and lesbians and that the punishment would be the result of an unfair process, it was also rejected on the basis of the *Hinzman* decision. The Board member refused to comment on the military court-martial system or on the “Don’t Ask, Don’t Tell” policy, found that there was no credible evidence that the applicant would not receive a fair hearing or would receive a more severe sentence because she is gay if she were to be prosecuted before a court martial, and relied on the evidence accepted in *Hinzman* that 94 percent of deserters have been dealt with administratively and merely received a less than honorary discharge from

[25] Ensuite, le commissaire a fait des commentaires sur les disparités de peines à la cour martiale. Il a fait observer que l’exigence d’uniformité avait été éliminée par la cour en 1959 (*United States v. Mamaluy*, 27 C.M.R. 176 (1959)), qui a reconnu que l’on devait tenir compte des circonstances personnelles des délinquants. Cela étant dit, la Cour des appels criminels est censée maintenir un degré minimum d’uniformité entre les peines, et les articles 85 [§ 885] et 86 [§ 886] du Code unifié de justice militaire prévoient, selon la situation, des peines maximales pour désertion et absence sans autorisation. Les déserteurs sont donc traités uniformément et ne sont pas assujettis aux humeurs vindicatives des personnes chargées d’infliger les peines.

[26] Le commissaire a aussi fait observer que la demanderesse a attendu un peu plus d’un mois pour déposer sa demande d’asile. Selon lui, une telle attente n’est pas cohérente avec les actions d’une réfugiée qui s’enfuit pour sauver sa vie et qui sait probablement que le Canada a été un lieu de refuge pour d’autres membres de l’armée des États-Unis qui l’ont précédée. Bien que ce point n’ait pas été un facteur déterminant, il s’agissait néanmoins d’un facteur pertinent qui a été pris en compte dans l’évaluation de sa crainte subjective.

[27] Enfin, la Commission a rappelé que tout demandeur d’asile a l’obligation de s’adresser à son État pour obtenir sa protection dans les cas où il est raisonnable qu’il l’obtienne. En l’espèce, la demanderesse s’est adressée au premier sergent, mais elle n’a pas tenté de s’adresser à une personne occupant un poste plus élevé au sein de son unité. Le commissaire a rejeté son explication selon laquelle des officiers occupant des postes supérieurs étaient impliqués dans le harcèlement dont la demanderesse a fait l’objet. Pour lui, il s’agissait d’une simple conjecture. En ce qui concerne l’argument selon lequel le code criminel militaire fait de la discrimination contre les gays et lesbiennes et que la peine infligée serait le résultat d’un procès injuste, il a aussi été rejeté sur le fondement de l’arrêt *Hinzman*. Le commissaire a refusé de faire des commentaires sur le régime militaire des cours martiales et sur la politique du [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire ». Il a conclu qu’il n’y avait aucun élément de preuve crédible selon lequel la demanderesse n’obtiendrait pas une audience équitable ou se verrait infliger une peine plus sévère parce qu’elle est

the military. Finally, the Board member referred to newspaper articles according to which President Obama is about to repeal the “Don’t Ask, Don’t Tell” policy and inferred that the “ammunition” currently used by prosecutors in U.S. court martials, in situations similar to that of the applicant, will then also be “swept away”.

[28] In conclusion, the Board summed up its findings in the following paragraphs (at paragraphs 209–211):

Having considered all of the evidences and the submissions of the claimant’s counsel, I determine that the claimant has failed to present “clear and convincing” proof of the inability of the United States to protect her.

I also determine that the claimant has not satisfied her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground or that it is more likely she would be tortured or face a risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to the United States.

A given episode of mistreatment may constitute discrimination or harassment, yet not be serious enough to be regarded as persecution. Indeed, a finding of discrimination rather than persecution is within my jurisdiction. I find that the acts of harassment and intimidation and written threats made against the claimant do not constitute persecution in this particular case.

[29] As a result, the Board member ruled that the applicant was not a “Convention” refugee under section 96 of the IRPA or a “person in need of protection” within the meaning of paragraphs 97(1)(a) and (b) of the same Act.

ISSUES

[30] Counsel for the applicant has raised a number of issues, which can be summarized as follows:

lesbienne, si elle devait être poursuivie en cour martiale. Il s’est fondé sur la preuve admise dans l’arrêt *Hinzman*, selon laquelle 94 p. 100 des déserteurs ont vu leur cas être réglé administrativement et n’ont simplement pas reçu une libération honorable de l’armée. Enfin, le commissaire a fait référence à des articles de journaux selon lesquels le président Obama s’apprêtait à mettre fin à la politique du [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire » et il a tiré l’inférence d’après laquelle les « munitions » actuellement utilisées par la poursuite devant les cours martiales des États-Unis, dans des cas comme celui de la demanderesse, auront alors « disparu ».

[28] Pour conclure, la Commission a résumé ses conclusions dans les paragraphes qui suivent (aux paragraphes 209 à 211) :

Compte tenu de tous les éléments de preuve et des observations formulées par la conseil de la demandeur d’asile, je conclus que la demandeur d’asile n’a pu présenter une preuve claire et convaincante de l’incapacité des États-Unis à la protéger.

Je conclus aussi que la demandeur d’asile ne s’est pas acquittée du fardeau de prouver qu’il existe une possibilité sérieuse qu’elle soit persécutée pour un motif prévu dans la Convention ou qu’il est probable qu’elle sera soumise à la torture ou exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités à son retour aux États-Unis.

Un épisode unique de mauvais traitement peut constituer de la discrimination ou du harcèlement, mais n’est pas suffisamment grave pour être considéré comme de la persécution. En effet, il relève de ma compétence de conclure qu’il s’agit de discrimination plutôt que de persécution. Je conclus que les actes de harcèlement et d’intimidation, de même que les menaces écrites dont la demandeur d’asile a fait l’objet ne constituent pas, en l’espèce, de la persécution.

[29] Il s’ensuit que le commissaire a conclu que la demanderesse n’avait pas qualité de réfugiée au sens de la « Convention », aux termes de l’article 96 de la LIPR, ni « de personne à protéger », aux termes des alinéas 97(1)a) et b) de la même Loi.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[30] L’avocate de la demanderesse a soulevé un certain nombre de questions, qui peuvent être résumées de la façon suivante :

a. Did the Board member err in determining that state protection would be available for the applicant? That question must be broken down into the following sub-questions :

(i) Did the Board member err in finding that the applicant did not seek state protection?

(ii) Did he make a speculative finding when he concluded that the murder of Private Winchell was an isolated incident?

(iii) Did he rely on extrinsic evidence taken from the decision of the Federal Court of Appeal in *Hinzman* without giving the applicant an opportunity to respond?

b. Did the Board member err in determining that the *Uniform Code of Military Justice* as a law of general application, is not applied in a discriminatory fashion, that the applicant would receive a fair hearing and that she would therefore be submitted to prosecution and not to persecution? In coming to that conclusion, did the Board member err in not providing reasons as to why the expert evidence submitted on behalf of the applicant was not credible?

ANALYSIS

[31] The RPD is an expert tribunal. As such, its findings of fact or of mixed fact and law are reviewable according to a standard of reasonableness. The Board's assessment of the adequacy of state protection is a question of mixed fact and law which must accordingly be reviewed according to a standard of reasonableness. The same is true of the question as to whether an individual faces persecution in his or her country of origin: *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 420, [2007] 1 F.C.R. 561, at paragraph 199; 2007 FCA 171, at paragraph 38.

[32] On the other hand, the issues raised by the applicant that pertain to procedural fairness are questions of law. Either the decision maker has complied with the duty of

a. Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a décidé que la protection de l'État était offerte à la demanderesse? La présente question doit être divisée en sous-questions de la façon suivante :

i) Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que la demanderesse n'avait pas demandé la protection de l'État?

ii) Le commissaire a-t-il tiré une conclusion conjecturale lorsqu'il a conclu que le meurtre du soldat Winchell était un incident isolé?

iii) Le commissaire s'est-il fondé sur des preuves extrinsèques tirées de l'arrêt *Hinzman* de la Cour d'appel fédérale, sans donner à la demanderesse la possibilité de répondre?

b. Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le Code unifié de justice militaire, en tant que loi d'application générale, n'était pas appliqué de façon discriminatoire, que la demanderesse aurait une audience équitable et qu'elle serait donc soumise à des poursuites et non pas à de la persécution? Aux fins de cette conclusion, le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il n'a pas donné les motifs pour lesquels la preuve d'expert présentée pour le compte de la demanderesse n'était pas crédible?

ANALYSE

[31] La SPR est un tribunal spécialisé. Par conséquent, la norme de contrôle applicable à ses conclusions de fait ou à ses conclusions mixtes de fait et de droit est la raisonnablement. L'évaluation par la SPR du caractère adéquat de la protection de l'État constitue une question mixte de fait et de droit, et la norme de contrôle applicable à cette évaluation est donc la raisonnablement. Il en va de même pour la question de savoir si une personne est exposée à de la persécution dans son pays d'origine : *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, [2007] 1 R.C.F. 561, au paragraphe 199; 2007 CAF 171, au paragraphe 38.

[32] Par contre, les questions portant sur l'équité procédurale soulevées par la demanderesse constituent des questions de droit. Soit le décideur s'est conformé à

fairness appropriate in the particular circumstances or has breached this duty: no deference is due when such an issue is raised. See: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraphs 52–53.

A) Did the Board member err in determining that state protection would be available to the applicant?

[33] The Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have made it clear that the starting point in assessing the applicant's claim consists in the examination of the adequacy of state protection: *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at page 722; *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, at paragraph 42. Where state protection is found to be adequate, it is not necessary for the Board to go any further. As the Federal Court of Appeal stated in *Hinzman* [at paragraph 42]:

The appellants say they fear persecution if returned to the United States. However, to successfully claim refugee status, they must also establish that they have an objective basis for that fear: *Ward* at page 723. In determining whether refugee claimants have an objective basis for their fear of persecution, the first step in the analysis is to assess whether they can be protected from the alleged persecution by their home state. As the Supreme Court of Canada explained in *Ward* at page 722, “[i]t is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded.” [Emphasis in original.] Where sufficient state protection is available, claimants will be unable to establish that their fear of persecution is objectively well-founded and therefore will not be entitled to refugee status. It is only where state protection is not available that the court moves to the second stage, wherein it considers whether the conduct alleged to be persecutory can provide an objective basis for the fear of persecution.

See also: *Colby v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 805; *Landry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 594, 345 F.T.R. 275.

l'obligation d'équité dictée par les circonstances particulières de l'affaire, soit il a manqué à son obligation : aucune déférence n'est due lorsqu'une telle question est soulevée. Voir *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, aux paragraphes 52 et 53.

A) Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a décidé que la protection de l'État était offerte à la demanderesse?

[33] La Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont clairement établi que le point de départ de l'évaluation de la demande du demandeur est l'examen du caractère adéquat de la protection de l'État : *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la page 722; *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, au paragraphe 42. Si la protection de l'État est estimée adéquate, il n'est pas nécessaire que la SPR continue son analyse. Comme l'a mentionné la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman* [au paragraphe 42] :

Les appelants affirment craindre d'être persécutés s'ils sont renvoyés aux États-Unis. Cependant, pour obtenir l'asile, ils doivent également démontrer que leur crainte est fondée objectivement : voir *Ward*, à la page 723. Pour établir si la crainte d'être persécuté qu'éprouve un demandeur d'asile est fondée objectivement, la première étape de l'analyse consiste à évaluer si le demandeur peut être protégé de la persécution alléguée par son État d'origine. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans *Ward*, à la page 722, « [i]l est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection : c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée [...] » Quand l'État offre une protection suffisante, le demandeur ne peut pas prouver que sa crainte d'être persécuté est fondée objectivement et, par conséquent, il ne peut pas se voir accorder l'asile. Ce n'est qu'en l'absence de protection étatique que la cour doit passer à la seconde étape, où elle examine si la conduite que le demandeur assimile à de la persécution peut fournir un fondement objectif à une crainte de persécution.

Voir également : *Colby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 805; *Landry c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 594.

[34] The case law is also to the effect that refugee protection is meant to be a form of surrogate protection to be invoked only in those situations where the refugee claimant has unsuccessfully sought the protection of his home state. Absent a situation of complete breakdown of state apparatus, it should be assumed that the state is capable of protecting a refugee claimant. To rebut the presumption, an applicant must offer “clear and convincing confirmation of a state’s inability to protect”: *Ward*, at page 724; *Hinzman*, at paragraph 44. If an applicant does not provide such clear and convincing evidence, he cannot qualify as a Convention refugee or a person in need of protection. In other words, proof must be adduced that all possible avenues of protection available have been exhaustively sought before claiming refugee status. Speculation that state protection would be inadequate is not sufficient.

[35] That being said, a refugee claimant has the obligation to seek out protection in his home country only if that protection can be said to “reasonably have been forthcoming” (*Ward*, above, at page 724). This is not meant to be an easy way out of the requirement that a refugee claimant approach his home country for protection before seeking international refugee protection. As the Supreme Court stated in *Ward* (at page 724), “the claimant will not meet the definition of ‘Convention refugee’ where it is objectively unreasonable for the claimant not to have sought the protection of his home authorities”.

[36] Of course, the burden of the applicant is greater in this case as the country to which she is to be returned is the United States, “a democratic country with a system of checks and balances among its three branches of government”, and which “has adopted a comprehensive scheme to ensure those who object to military service are dealt with fairly”: *Hinzman*, at paragraphs 46, 57.

[37] In the present case, the situation is quite distinguishable from the problems raised, before this Court and the Federal Court of Appeal, by a number of recent U.S. Army deserters, and most notably Mr. Hinzman. The Board member appeared, at times, to have focused on

[34] Suivant la jurisprudence, la protection des réfugiés est censée constituer une forme de protection auxiliaire qui ne doit être invoquée que dans les cas où le demandeur d’asile a tenté en vain d’obtenir la protection de son état d’origine. En l’absence d’un effondrement complet de l’appareil étatique, il y a lieu de présumer que l’État est capable de protéger le demandeur d’asile. Pour réfuter cette présomption, le demandeur doit « confirmer d’une façon claire et convaincante l’incapacité de l’État d’assurer la protection » : *Ward*, à la page 724; *Hinzman*, au paragraphe 44. Si le demandeur ne fournit pas de tels éléments de preuve clairs et convaincants, il ne peut pas être déclaré réfugié au sens de la Convention ou personne à protéger. Autrement dit, le demandeur doit déposer des éléments de preuve établissant qu’il a fait tout son possible pour se prévaloir de tous les recours qui s’offraient à lui avant de présenter sa demande d’asile. Il ne suffit pas d’émettre l’hypothèse que la protection de l’État n’était pas adéquate.

[35] Cela dit, les demandeurs d’asile n’ont l’obligation de tenter d’obtenir la protection de leur pays d’origine que si cette protection « aurait pu raisonnablement être assurée » (*Ward*, précité, à la page 724). Il ne doit pas s’agir d’un moyen pour les demandeurs d’asile de se soustraire facilement à l’obligation de demander la protection de leur pays d’origine avant de demander l’asile à l’étranger. Comme la Cour suprême l’a mentionné dans l’arrêt *Ward* (à la page 724), « le demandeur ne sera pas visé par la définition de l’expression “réfugié au sens de la Convention” s’il est objectivement déraisonnable qu’il n’ait pas sollicité la protection de son pays d’origine ».

[36] Bien entendu, le fardeau de la demanderesse est plus lourd en l’espèce, car le pays où elle doit être renvoyée sont les États-Unis, « un pays démocratique où les pouvoirs des trois branches du gouvernement sont limités par un système de freins et contrepoids », et qui « [a] adopté un ensemble complet de mesures garantissant que les personnes s’objectant au service militaire font l’objet d’un traitement juste » : *Hinzman*, aux paragraphes 46 et 57.

[37] La situation en l’espèce est très différente des situations d’un certain nombre de déserteurs qui ont présenté des demandes auprès de la Cour et de la Cour d’appel fédérale, le plus connu étant M. Hinzman. Le commissaire a parfois semblé mettre l’accent sur le statut

the applicant's status as a conscientious objector. Indeed, he wrote at paragraph 161 of his reasons:

It appears to me that the claimant's situation is no different from *Hinzman's* legal situation because both of them made a formal claim of being a contentious [*sic*] objector and a reluctance to engage in combat.

[38] To be fair, it is true that the applicant did mention in the narrative appended to her Personal Information Form (PIF) that she did not know what the phrase "conscientious objector" meant, and that it was not explained to her that one of the forms she was made to sign when she joined the army was a waiver of her right to claim that right.

[39] But it is also equally clear when reading her narrative as a whole and the evidence submitted to the Board that her situation was much different from that of Mr. Hinzman and that her claim was first and foremost predicated on her sexual orientation. Unlike Mr. Hinzman, she could be punished not only on AWOL and desertion charges, but also for simply being gay. As already mentioned, Article 125 of the *Uniform Code of Military Justice* still makes it an offense to have sexual relations with a person of the same sex. This fundamental flaw in the member's reasoning, it seems to me, permeates his entire approach to the case and certainly skewed, at least to some extent, his perception of the nature of the applicant's claim and predicament.

[40] Before weighing the various arguments made by counsel for the applicant, it is worth noting that the Board did not make any adverse credibility findings with respect to the applicant. He found that she was, indeed, a gay person, and there is no suggestion that she faked her sexual orientation to be discharged from the army. Nor did the Board member make any unfavourable credibility findings with respect to the harassment and threats that were directed at the applicant while a member of the United States Army.

d'objecteur de conscience de la demanderesse. Il a d'ailleurs écrit ce qui suit au paragraphe 161 de ses motifs :

À mon avis, la situation de la demandeur d'asile n'est pas différente, d'un point de vue juridique, de celle décrite dans *Hinzman* puisqu'ils ont tous deux affirmé officiellement être des objecteurs de conscience et avoir des scrupules à participer à des combats.

[38] Pour être juste, il faut dire qu'il est vrai que la demanderesse a bien mentionné dans son exposé circonstancié joint à son Formulaire de renseignements personnels (le FRP) qu'elle ne savait pas ce que voulait dire « objecteur de conscience » et qu'on ne lui avait pas expliqué que l'un des formulaires qu'elle avait dû signer lorsqu'elle s'était enrôlée constituait une renonciation à son droit de se dire objecteur de conscience.

[39] Cependant, à la lecture de l'exposé circonstancié de la demanderesse et de la preuve présentée à la SPR, il est également tout aussi clair que la situation de la demanderesse était très différente de celle de M. Hinzman et que sa demande était d'abord et avant tout fondée sur son orientation sexuelle. Contrairement à M. Hinzman, la demanderesse pourrait être punie non seulement en raison des accusations d'absence sans autorisation et de désertion, mais aussi simplement parce qu'elle est lesbienne. Comme je l'ai déjà mentionné, les relations sexuelles entre personnes de même sexe constituent encore une infraction selon l'article 125 du Code unifié de justice militaire. À mon avis, cette erreur fondamentale dans le raisonnement du commissaire a influencé l'ensemble de son approche à l'égard de l'affaire et a faussé, du moins dans une certaine mesure, sa façon de considérer la nature de la demande et les difficultés de la demanderesse.

[40] Avant de mettre en balance les diverses observations présentées par l'avocate de la demanderesse, il convient de noter que le commissaire n'a tiré aucune conclusion défavorable relativement à la crédibilité de la demanderesse. Il a conclu que la demanderesse était effectivement lesbienne, et rien ne donne à penser qu'elle a fait semblant d'être lesbienne afin d'être libérée de l'armée. Le commissaire n'a pas non plus tiré de conclusions défavorables relativement à la crédibilité du témoignage de la demanderesse sur le harcèlement et les

[41] It is alleged that the first error made by the Board member was in his determination that Ms. Smith did not seek state protection. The Board member wrote (reasons for decision, at paragraphs 189–192):

She alleges she spoke to a sergeant asking permission from him to speak to the First Sergeant to tell him about her being gay and wanting to leave the army.

She did not make any attempts to seek the help of higher authorities in her unit other than the sergeant.

A claimant is required to approach her or his state for protection in situations which protection might reasonably be forthcoming. The claimant must show that it was reasonable for her not to seek protection. When asked why she did not seek protection from higher authorities at Fort Campbell, she replied: "... I considered it but did not. I felt higher ranking officers were in on it".

She gave no explanation as to why she thought the higher ranking officers were involved. In fact, her evidence is that she tried to find out who wrote the note threatening to kill her in her sleep by comparing the signatures of fellow soldiers to other paperwork the soldiers had signed, but was unable to ascertain with certainty who wrote the note. It was speculation only on her part that higher ranking officers were involved.

[42] Contrary to the situation in *Hinzman*, where the appellants had not made an adequate attempt to avail themselves of the protections afforded by the UCMJ, the applicant in this case provided evidence that she did approach her superiors to try to obtain a discharge. According to the evidence offered by the applicant, she went so far as to ask her superior for permission to speak to a higher authority, but that was denied. She also testified that one superior scoffed at her and said they would figure out the paperwork when she returned from her tour of duty in Afghanistan.

menaces qu'elle aurait subies alors qu'elle faisait partie de l'armée des États-Unis.

[41] Il est avancé que la première erreur que le commissaire aurait commise serait d'avoir conclu que la demanderesse n'avait pas sollicité la protection de l'État. Le commissaire a écrit ce qui suit (motifs de la décision, aux paragraphes 189 à 192) :

La demandeure d'asile soutient qu'elle s'est adressée à un sergent et lui a demandé l'autorisation de s'adresser à un premier sergent pour lui parler de son homosexualité et lui dire qu'elle souhaitait quitter l'armée.

Elle n'a pas tenté de s'adresser à une personne occupant un poste supérieur à celui du sergent au sein de son unité.

Un demandeur d'asile a l'obligation de s'adresser à son État pour obtenir sa protection dans les cas où il est raisonnable qu'il l'obtienne. La demandeure d'asile doit prouver qu'elle a agi de façon raisonnable quand elle a décidé de ne pas tenter d'obtenir une protection. Appelée à préciser les raisons pour lesquelles elle ne s'était pas adressée à des personnes de rang plus élevé à Fort Campbell, elle a répondu qu'elle y avait pensé, mais qu'elle ne l'avait pas fait parce qu'elle avait l'impression que les militaires de rang plus élevé approuvaient la discrimination.

La demandeure d'asile n'a fourni aucune explication concernant les raisons pour lesquelles elle pensait que les militaires de rang plus élevé étaient impliqués. En fait, elle a simplement expliqué qu'elle avait tenté de découvrir qui était l'auteur du message dans lequel celui-ci menaçait de la tuer pendant son sommeil en comparant les signatures des autres soldats à des signatures figurant sur d'autres documents, mais elle n'a pu déterminer avec certitude qui était l'auteur du message.

[42] Contrairement à la situation dans l'affaire *Hinzman*, dans laquelle les appelants n'avaient pas tenté adéquatement de se prévaloir de la protection offerte par le Code unifié de justice militaire, la demanderesse en l'espèce a affirmé dans son témoignage qu'elle avait bien parlé à ses supérieurs afin d'essayer d'être libérée de l'armée. Son témoignage révèle qu'elle est même allée jusqu'à demander à son supérieur la permission de s'adresser à une autorité de plus haut rang, mais que cela lui a été refusé. La demanderesse a également affirmé dans son témoignage qu'un de ses supérieurs s'était moqué d'elle et avait dit qu'ils s'occuperaient de la papperasse lorsqu'elle reviendrait de sa période de service en Afghanistan.

[43] The case law of this Court requires more than one attempt to obtain state protection. It is often said that an applicant must usually follow up on his complaint, and seek assistance from higher authorities if unsuccessful at the first stage. Yet, one must take into account the particular environment that an applicant finds himself in. It is clear that in the army reigns an atmosphere of unconditional obedience to the hierarchy. The Board member did not seem to be sensitive to this special context.

[44] Further, the applicant provided evidence that she was afraid that her superiors may have been involved in the harassment and threats targeted at her. She had reasons to perceive her superiors as being the potential authors or participants in the harassment and threats directed at her. She stated in her PIF and in her testimony that she felt that she started receiving harsher treatment from her superiors when they heard rumours that she was a lesbian. Moreover, one of her superiors told her to “tone down her behaviour”, which the applicant believed was a reference to her sexual orientation. Nonetheless, the Board member found that the applicant’s belief to the effect that higher-ranking officers were involved was pure speculation. While such a finding is normally entitled to much deference, it may nevertheless be questioned when the Board member has not considered all the evidence submitted by the applicant, especially when that evidence has remained uncontradicted.

[45] What is more, the personal experience of the applicant seems to be consistent with the documentary evidence indicating that superiors in the U.S. military are too often complacent and sometimes even actively participate in the harassment and abuse directed at gays and lesbians in the military. This evidence should also have been taken into account by the Board member in assessing whether the applicant adequately attempted to avail herself of the protection afforded by the state.

[46] This failure to give due consideration to that documentary evidence ties in with two other errors allegedly

[43] La jurisprudence de la Cour a établi que le demandeur doit essayer d’obtenir la protection de l’État à plus d’une occasion. Il a souvent été mentionné qu’un demandeur doit habituellement faire un suivi de sa plainte et solliciter l’aide d’autorités supérieures si la demande au premier échelon n’a servi à rien. Cependant, on doit tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouve le demandeur. Il est évident qu’il règne dans l’armée une atmosphère où le respect absolu de la hiérarchie est de mise. Le commissaire n’a pas semblé tenir compte de cette situation particulière.

[44] En outre, la demanderesse a affirmé dans son témoignage qu’elle craignait que ses supérieurs soient impliqués dans le harcèlement et les menaces dont elle était victime. Elle avait des motifs de croire que ses supérieurs étaient les possibles auteurs des messages ou bien qu’ils avaient peut-être proféré les menaces ou participé au harcèlement dont elle était victime. Elle a affirmé dans son FRP et dans son témoignage qu’elle avait commencé à se sentir traitée plus durement par ses supérieurs après qu’ils avaient entendu des rumeurs qu’elle était lesbienne. En outre, un de ses supérieurs lui a dit [TRADUCTION] « de moins s’afficher », ce que la demanderesse a cru être une référence à son orientation sexuelle. Néanmoins, le commissaire a conclu que la conviction de la demanderesse, selon laquelle des officiers de grade supérieur étaient impliqués, n’était que pure hypothèse. Bien qu’une telle conclusion doive habituellement faire l’objet d’une grande retenue, elle peut néanmoins être mise en doute si le commissaire n’a pas tenu compte de l’ensemble de la preuve déposée par le demandeur, surtout si cette preuve n’a pas été contestée.

[45] Qui plus est, l’expérience personnelle de la demanderesse semble concorder avec la preuve documentaire, qui révèle que, trop souvent, des officiers supérieurs dans l’armée américaine sont suffisants et participent même parfois activement au harcèlement et aux agressions subis par les homosexuels dans l’armée. Le commissaire aurait dû tenir compte de cette preuve documentaire lorsqu’il a examiné la question de savoir si la demanderesse avait, de façon adéquate, essayé de se prévaloir de la protection de l’État.

[46] Cette omission de dûment examiner la preuve documentaire en question est étroitement liée à deux

made by the Board member and which relate to the willingness of the state to afford protection.

[47] First, counsel for the applicant contended that the Board member erred in speculating as to the isolated nature of Private Barry Winchell's murder, which took place in 1999. This murder was clearly a watershed moment in the long struggle of gay, lesbian and bisexual persons to be fully accepted in the U.S. Army. On July 5, 1999, Private Winchell was brutally beaten to death with a baseball bat while sleeping outside his barracks room at Fort Campbell, Kentucky. Soldiers later testified that Private Winchell had faced daily anti-gay harassment for more than four months prior to his murder, on the basis of rumors that he was gay (*Conduct Unbecoming: The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"* by Servicemembers Legal Defense Network, 2000 [online: <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>]; Exhibit "8" to the applicant's affidavit).

[48] When evaluating the affidavit evidence of Mr. Rehkopf, the Board member made the following finding (at paragraphs 151–152):

Mr. Rehkopf suggests further that because the US Army could not protect Private First Class Barry Winchell, and a host of other gay and lesbian service members who have been subjected to vicious attacks and murder, that this is "clear and convincing" evidence of the state's inability to protect the claimant.

I do not accept his "opinion" as credible. The Winchell murder was no doubt a brutal act but an isolated one. Although Mr. Rehkopf makes no mention as to whether the perpetrator or perpetrators of that act were charged and convicted of killing Winchell. I suspect they must have been and were sentenced to lengthy periods in prison and subjected to other severe penalties.

autres erreurs qu'aurait commises le commissaire au sujet de la volonté de l'État d'offrir la protection.

[47] Tout d'abord, l'avocate de la demanderesse a avancé que le commissaire avait commis une erreur en se livrant à une conjecture selon laquelle le meurtre du soldat Barry Winchell, qui a eu lieu en 1999, était un incident isolé. Ce meurtre s'est clairement révélé être un moment charnière dans la longue lutte menée par les homosexuels et les bisexuels pour être entièrement acceptés dans l'armée américaine. Le 5 juillet 1999, le soldat Winchell a été brutalement battu à mort avec un bâton de baseball alors qu'il dormait en dehors de sa chambre, aux baraquements de Fort Campbell, au Kentucky. Des soldats ont par la suite déclaré que, par suite d'une rumeur qu'il était homosexuel, le soldat Winchell avait fait l'objet quotidiennement de harcèlement homophobe pendant plus de quatre mois avant d'être tué (*Conduct Unbecoming: The Sixth Annual Report on "Don't Ask, Don't Tell, Don't Pursue, Don't Harass"* [Conduite blâmable : sixième rapport annuel sur « Ne rien demander, ne rien dire, ne pas rechercher, ne pas harceler », en ligne : <<http://dont.stanford.edu/commentary/conduct6.pdf>>], publié en l'an 2000 par le Servicemembers Legal Defence Network [le Réseau de défense juridique des militaires]; pièce 8 de l'affidavit de la demanderesse).

[48] Le commissaire a tiré la conclusion suivante après avoir examiné la preuve par affidavit de M. Rehkopf (aux paragraphes 151 et 152) :

M. Rehkopf soutient aussi que le fait que l'armée américaine a été incapable de protéger le soldat de première classe Barry Winchell ainsi que de nombreux autres militaires gais et lesbiennes victimes de meurtre ou d'agression haineuse constitue une preuve claire et convaincante que l'État est incapable de protéger la demandeuse d'asile.

Je ne crois pas que son avis soit crédible. Le meurtre du soldat Winchell constitue, sans aucun doute, un acte brutal, mais il demeure un acte isolé. M. Rehkopf ne mentionne pas si la ou les personnes qui ont commis le meurtre ont été accusées et déclarées coupables, mais je suppose que cela doit être le cas et qu'elles ont dû se voir infliger de longues périodes d'emprisonnement, de même que d'autres peines sévères.

[49] This was clearly a speculative finding that was not open to the Board member in the absence of any evidence to support it. The Federal Court of Appeal held, in *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, that findings cannot be based upon evidence that is the “sheerest conjecture or the merest speculation”. The Court delineated the difference between speculation and reasonable inference by stating [at paragraph 34]:

“The dividing line between conjecture and inference is often a very difficult one to draw. A conjecture may be plausible but it is of no legal value, for its essence is that it is a mere guess. An inference in the legal sense, on the other hand, is a deduction from the evidence, and if it is a reasonable deduction, it may have the validity of legal proof. The attribution of an occurrence to a cause is, I take it, always a matter of inference.”

See also: *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 250 (T.D.) (QL), at paragraph 7; *Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1144 (T.D.) (QL), at paragraph 12.

[50] There was simply no evidence before the Board member to support his finding that the brutal murder of Private Winchell was an isolated incident, or that those who harass, threaten or physically harm or kill gays and lesbians in the military are severely punished. Quite to the contrary, the applicant submitted evidence that was to the opposite effect: namely, that the harassment and violent attacks on gays and lesbians in the army is systemic and commonplace in the American military, and that immediate supervisors and unit commanders tolerate or are believed to tolerate that behaviour to some extent.

[51] In a report commissioned by the Center for the Study for Sexual Minorities in the Military (*The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution*, Santa Barbara: University of California, 2004 [online: <<http://escholarship.org/uc/item/5n9649fm.pdf>>]; Exhibit 5 to the applicant’s affidavit), to which the Board member refers extensively in his reasons, it is indicated that the top of the chain of

[49] Il s’agit clairement d’une conclusion hypothétique qu’il n’était pas loisible au commissaire de tirer en l’absence d’une preuve corroborante. Dans l’arrêt *Ministre de l’Emploi et de l’Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL), la Cour d’appel fédérale a statué qu’on ne peut pas fonder de conclusions sur une preuve « purement conjecturale et théorique ». La Cour d’appel fédérale a fait la distinction suivante entre une inférence raisonnable et une hypothèse [au paragraphe 34] :

[TRADUCTION] Il est souvent très difficile de faire la distinction entre une hypothèse et une déduction. Une hypothèse peut être plausible, mais elle n’a aucune valeur en droit puisqu’il s’agit d’une simple supposition. Par contre, une déduction au sens juridique est une déduction tirée de la preuve et si elle est justifiée, elle pourra avoir une valeur probante. J’estime que le lien établi entre un fait et une cause relève toujours de la déduction.

Voir également : *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 250 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 7; *Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1144 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 12.

[50] Le commissaire ne disposait tout simplement d’aucune preuve à l’appui de sa conclusion portant que le meurtre brutal du soldat Winchell constituait un incident isolé ou que les personnes qui harcelaient les homosexuels dans l’armée, proféraient des menaces contre eux ou bien les agressaient physiquement ou les tuaient, étaient sévèrement punis. La demanderesse a déposé des éléments de preuve qui, bien au contraire, étayaient la conclusion opposée, à savoir que le harcèlement et les attaques violentes ciblant les soldats homosexuels sont systémiques et monnaie courante dans l’armée américaine, et que les supérieurs immédiats et les commandants d’unité tolèrent ou ont la réputation de tolérer ces comportements dans une certaine mesure.

[51] Dans un rapport auquel le commissaire a souvent renvoyé dans ses motifs et qui a été commandé par le Center for the Study for Sexual Minorities in the Military [le Centre d’études sur les minorités sexuelles dans l’armée] (intitulé *The Practical and Conceptual Problems with Regulating Harassment in a Discriminatory Institution* [Interdire le harcèlement dans une institution où la discrimination est autorisée : problèmes pratiques

command at Fort Campbell did not issue a single statement condemning anti-gay conduct following Winchell's murder, and even denied its existence. This senior-ranking officer blamed the increase in gay discharges on gays seeking a means to leave the army, but was nevertheless promoted to Lieutenant General, the second highest position in the army. These specific findings are reported by the Board member at paragraphs 84 and 85 of his reasons.

[52] But it was not sufficient to summarize the evidence presented by the applicant. The Board member should have addressed that evidence and discussed it in his reasons and could not content himself with speculations that Private Winchell's murder was just an isolated incident. This was all the more important since the applicant had pointed out to the Board member that she and Private Winchell not only shared a perceived identity in sexual orientation, but that they were both based at Fort Campbell. She also provided evidence that she received threats that she would be beaten with a baseball bat in her sleep, just like Private Winchell. It was incumbent upon the Board member, in making his finding that Private Winchell's murder was an isolated incident, to indicate why he did not accept evidence to the opposite effect.

[53] This speculative finding of the Board member is not innocuous. First of all, the evidence offered by the applicant goes a long way to establishing her subjective fear of persecution as well as the threat to her life. That evidence was also crucial to substantiate the objectiveness of her fear and the ability and willingness of the state to protect her. One must not lose sight of the fact that the applicant could be returned to her unit and face the same threats that she had faced before pending determination of the measures to be taken against her. Accordingly, I am of the view that the Board's failure to explain why this evidence was rejected was material to its decision. It is true that the Board member summarized at some length the evidence offered by the applicant, but he has by no

et notionnels], Santa Barbara : Université de la Californie, publié en 2004 [en ligne : <<http://escholarship.org/uc/item/6n9649fm.pdf>>]; pièce 5 de l'affidavit de la demanderesse), il est mentionné que le commandant de Fort Campbell n'a fait absolument aucune déclaration condamnant les conduites homophobes après le meurtre du soldat Winchell, et qu'il a même nié le meurtre. Ce haut gradé a imputé l'augmentation du nombre de personnes libérées de l'armée en raison de leur homosexualité aux gais et lesbiennes qui tentent de trouver un moyen de quitter l'armée, mais il a néanmoins été promu lieutenant-général, soit le deuxième grade en importance dans l'armée. Le commissaire fait état de ces conclusions particulières aux paragraphes 84 et 85 de ses motifs.

[52] Cependant, il ne suffisait pas pour le commissaire de résumer la preuve présentée par la demanderesse. Il aurait dû l'examiner et l'évaluer dans ses motifs, et il ne pouvait pas se contenter de conjectures selon lesquelles le meurtre du soldat Winchell était seulement un incident isolé. C'était d'autant plus important parce que la demanderesse avait fait remarquer au commissaire qu'elle et le soldat Winchell avaient en commun l'identité qu'on leur prêtait quant à leur orientation sexuelle et qu'ils avaient été postés au même endroit, à Fort Campbell. Elle a également affirmé dans son témoignage qu'elle avait été menacée d'être battue dans son sommeil avec un bâton de baseball, tout comme le soldat Winchell. Il incombait au commissaire de mentionner, en tirant sa conclusion selon laquelle le meurtre du soldat Winchell était un incident isolé, pourquoi il n'acceptait pas la preuve contraire à sa conclusion.

[53] Cette conclusion conjecturale tirée par le commissaire n'est pas anodine. Tout d'abord, la preuve présentée par la demanderesse établit grandement sa crainte subjective de persécution de même que la menace à sa vie. Cette preuve était également cruciale pour l'établissement du caractère objectif de sa crainte ainsi que du manque de capacité et de volonté de l'État de la protéger. On ne peut perdre de vue que la demanderesse pourrait être renvoyée dans son unité et être exposée aux mêmes risques que dans le passé avant que soient décidées les mesures qui seraient prises contre elle. Par conséquent, je suis d'avis que l'omission du commissaire d'expliquer pourquoi cette preuve a été rejetée a joué un rôle important dans sa décision. Il est vrai que le commissaire a longue-

means considered it, let alone analysed it and provided reasons for dismissing it.

[54] The Board member made a second error when he relied on evidence not before him and failed to give the applicant an opportunity to respond to that extrinsic evidence. Without even mentioning his sources, the Board member wrote:

While punishment for desertion can include imprisonment, the evidence indicates that the majority of Army deserters in the United States, for whatever reason, have not been prosecuted or court-martialed and that 94 percent of deserters have been dealt with administratively and merely received a less-than honorary discharge from the military.

[55] This evidence was clearly not before the Board member and appears to come directly from the decision of the Federal Court of Appeal in *Hinzman* (at paragraphs 48 and 58). The respondent submits that the Board could take notice of any generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge. There are, however, a number of problems with such a line of argument.

[56] First of all, I do not think this is the kind of facts the Board could take “judicial notice” of. The test to determine whether a particular fact can be considered by a court without any proof has been well summarized in the doctrine (Paciocco and Stuesser, *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005, at pages 423–424):

Judicial notice is the acceptance by a court, without the requirement of proof, of any fact or matter that is so generally known and accepted in the community that it cannot be reasonably questioned, or any fact or matter that can readily be determined or verified by resort to sources whose accuracy cannot reasonably be questioned.

...

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts

ment résumé la preuve présentée par la demanderesse, mais on est loin d’une prise en considération, et encore plus loin d’une analyse énonçant les motifs pour lesquels il a rejeté cette preuve.

[54] Le commissaire a commis une seconde erreur en se fondant sur une preuve qui ne lui avait pas été présentée et en ne donnant pas l’occasion à la demanderesse de répondre à cette preuve extrinsèque. Sans même mentionner la source de ses renseignements, le commissaire a écrit ce qui suit :

S’il est vrai que les peines pour désertion incluent l’emprisonnement, il semble, selon les éléments de preuve, que la plupart des déserteurs de l’armée américaine n’ont pas, pour quelque raison que ce soit, été poursuivis ni traduits en cour martiale et que, dans 94 % des cas, la question a été réglée de façon administrative, et que les déserteurs ont tout simplement été libérés de l’armée de façon moins qu’honorable.

[55] La preuve en question n’avait clairement pas été présentée au commissaire et elle semble directement tirée de l’arrêt *Hinzman* (aux paragraphes 48 et 58) rendu par la Cour d’appel fédérale. Le défendeur soutient que le commissaire pouvait prendre connaissance d’office de tout fait, renseignement ou opinion généralement admis qui est du ressort de sa spécialisation. Cependant, ce raisonnement pose un certain nombre de problèmes.

[56] Tout d’abord, je ne pense pas que c’est le genre de faits dont la SPR pouvait prendre « connaissance d’office ». Le critère permettant de déterminer si un tribunal peut tenir compte d’un fait particulier qui n’a pas été déposé en preuve est bien résumé dans la doctrine (Paciocco et Stuesser, *The Law of Evidence*, 4^e éd. Toronto : Irwin Law, 2005, aux pages 423 et 424) :

[TRADUCTION] La connaissance d’office est l’acceptation par un tribunal, sans exiger de preuve à l’appui, de tout fait connu ou admis d’une manière si générale dans la collectivité qu’il ne saurait être raisonnablement mis en doute, ou de tout fait que l’on peut aisément confirmer ou vérifier en recourant à des sources dont l’exactitude ne saurait être raisonnablement mise en doute.

[...]

La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont

judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of the facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy.

[57] While rules of evidence must be relaxed before administrative tribunals, I do not believe that this should be taken as licence to accept in evidence controversial facts that have not been argued at all, especially when these facts can be of material significance for the outcome of a case of such vital importance for an applicant. The assertion that 94 percent of deserters have been dealt with administratively is not “clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute”. Nor is it a fact that “is so generally known and accepted in the community” or can “readily be determined or verified” by indisputable sources.

[58] Assuming that this kind of information could be considered within the specialized knowledge of the Board, the applicant should have been advised that the Board intended to use that knowledge and be given an opportunity to respond. Rule 18 of the *Refugee Protection Division Rules* (SOR/2002-228) provides as follows:

Notice to
the parties

18. Before using any information or opinion that is within its specialized knowledge, the Division must notify the claimant or protected person, and the Minister if the Minister is present at the hearing, and give them a chance to

(a) make representations on the reliability and use of the information or opinion; and

(b) give evidence in support of their representations.

à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : 1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; 2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable.

[57] Même si les règles de preuve doivent être moins strictes devant les tribunaux administratifs, je ne crois pas que cela justifie l’acceptation en preuve de faits contradictoires n’ayant fait l’objet d’aucune attestation, surtout si ces faits peuvent jouer un rôle important dans l’issue d’une affaire si vitale pour la demanderesse. La prétention que 94 p. 100 des désertions ont été réglées de façon administrative ne constitue pas une prétention qui [TRADUCTION] « ne prêt[e] clairement pas à controverse ou qui [est] à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables ». Il ne s’agit pas non plus d’un fait [TRADUCTION] « connu ou admis d’une manière [...] générale dans la collectivité » ou qui peut être [TRADUCTION] « aisément confirmé ou vérifié » par des sources incontestables.

[58] Si l’on suppose qu’il s’agit d’un genre de renseignements qui pourraient être considérés comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR, le commissaire aurait dû aviser la demanderesse de son intention d’utiliser ces renseignements spécialisés et lui donner l’occasion de faire des observations à leur égard. La règle 18 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (DORS/2002-228) est ainsi rédigé :

Avis aux
parties

18. Avant d’utiliser un renseignement ou une opinion qui est du ressort de sa spécialisation, la Section en avise le demandeur d’asile ou la personne protégée et le ministre — si celui-ci est présent à l’audience — et leur donne la possibilité de :

a) faire des observations sur la fiabilité et l’utilisation du renseignement ou de l’opinion;

b) fournir des éléments de preuve à l’appui de leurs observations.

[59] Commenting on this Rule, this Court wrote in *Isakova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 149, 322 F.T.R. 276, at paragraph 16:

The purpose of Rule 18 is to enable a claimant to have notice of the specialized knowledge and to give him or her the opportunity to challenge its content and use in reaching a decision. Therefore, in order for Rule 18 to be effective, the RPD member who declares specialized knowledge must place on the record sufficient detail of the knowledge so as to allow it to be tested. That is, the knowledge must be quantifiable and verifiable.

See also: *Habiboglu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1664, 55 Imm. L.R. (3d) 195; *Sadeghi-Pari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Pamuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1187, 238 F.T.R. 318.

[60] In the case at bar, the Board member did not give notice to the applicant that he had specialized knowledge with regard to the fact that 94 percent of deserters are dealt with administratively, and that he intended to rely on that information. He did not provide the source of that information either, and the applicant was not afforded an opportunity to respond thereto.

[61] In any event, I do not think that this particular information can be characterized as falling within the specialized knowledge of the Board. The explanation, it seems to me, is more prosaic: the Board member simply “lifted” a finding made in a previous decision. This is clearly not acceptable, as it is well established that a finding of fact must always be based on the evidence submitted to the decision maker. As this Court has repeatedly stated, each case must be decided on its own facts. Nowhere is this rule clearer than in matters pertaining to state protection. It has been held time and again that it cannot be conclusively determined, on the basis of previous findings of state protection (or lack thereof) pertaining to a particular case, that state protection exists or does not exist in a particular country. The correct approach has been expressed as follows (*Shahzada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1176, at paragraph 6):

[59] La Cour a fait des observations au sujet de la règle 18 dans la décision *Isakova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 149, au paragraphe 16 :

L’article 18 vise à permettre au demandeur d’être avisé des connaissances spécialisées et d’avoir la possibilité de contester leur contenu et leur utilisation avant qu’une décision ne soit rendue. Ainsi, pour que l’article 18 s’applique, le commissaire de la SPR qui déclare avoir des connaissances spécialisées doit verser au dossier suffisamment de détails pour en permettre une vérification. Les connaissances doivent donc être quantifiables et vérifiables.

Voir également : *Habiboglu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1664; *Sadeghi-Pari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 282; *Pamuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1187.

[60] En l’espèce, le commissaire n’a pas avisé la demanderesse qu’il possédait des renseignements relevant de ses connaissances spécialisées, à savoir que 94 p. 100 des désertions avaient été réglées de façon administrative, et qu’il avait l’intention de se fonder sur ce renseignement. Il n’a pas non plus fourni la source de ce renseignement ni donné à la demanderesse l’occasion d’y réagir.

[61] Quoi qu’il en soit, je ne pense pas que le renseignement en question puisse être considéré comme étant du ressort de la spécialisation de la SPR. Il me semble que l’explication est plus banale : le commissaire a simplement fait sienne une conclusion tirée dans une décision antérieure, ce qui est clairement inadmissible, car il est bien établi qu’une conclusion de fait doit toujours être fondée sur la preuve présentée au décideur. Comme la Cour l’a souvent rappelé, chaque affaire doit être tranchée selon les faits de l’espèce. L’importance de ce principe n’est jamais aussi évidente que dans les affaires portant sur la protection de l’État. Il a été conclu à maintes reprises qu’on ne peut pas trancher de manière définitive la question de l’existence ou de l’absence de la protection de l’État dans un pays en particulier sur le fondement de conclusions antérieures portant sur la protection de l’État (ou sur l’absence de cette protection) tirées dans une affaire donnée. L’approche qu’il faut appliquer a été établie comme suit (*Shahzada c. Canada (Ministre de la*

Second, it was not sufficient for the Board to simply “refer” to an earlier decision of the Board for its state protection analysis. The RPD may, as a matter of law, adopt another panel’s analysis or conclusion, but as I wrote in *Olah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 623, at paragraph 25, a panel cannot blithely incorporate findings of fact from other cases. In *Badul v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.J. No. 440, at paragraph 25 my colleague Mr. Justice O’Reilly wrote that reliance upon the findings of another panel must be “limited, careful and justified”. In *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] F.C.J. No. 1755, I found that the RPD could adopt the reasoning and findings of another case with respect to similarly situated people in Pakistan where satisfied that the facts and evidence regarding country conditions in the earlier case were sufficiently close to the facts and evidence before the RPD in the second case.

See also: *Hassan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 601, at paragraphs 6–7; *Santiago v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 247; *Arellano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1265.

[62] It is worth pointing out that in *Hinzman*, counsel for the appellant disputed the statistics relating to punishment for deserters on the basis that they were compiled prior to the commencement of the most recent U.S. military action in Iraq. The Federal Court of Appeal nevertheless accepted the evidence indicating that the vast majority of army deserters had not been prosecuted or court martialled because the appellants could not point to any contrary evidence. The Court was also of the view that there was reason to believe the statistics would not have changed materially following the outbreak of the war, since it is in the best interests of the military to accommodate those who object to combat as they may be ineffective at best and are likely to spread their beliefs among their colleagues.

Citoyenneté et de l’Immigration), 2005 CF 1176, au paragraphe 6) :

Deuxièmement, la Commission ne pouvait pas tout simplement s’« appuyer » sur une décision antérieure de la Commission lorsqu’elle a analysé la question de la protection de l’État. La loi permet à la SPR d’adopter la conclusion ou l’analyse d’un autre tribunal, mais, comme je l’ai dit dans la décision *Olah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 623, au paragraphe 25, la formation ne peut pas carrément incorporer des conclusions de fait tirées d’autres cas. Dans *Badal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] A.C.F. n° 440, au paragraphe 25, mon collègue, le juge O’Reilly, a dit qu’un tribunal ne peut s’appuyer sur les conclusions d’un autre tribunal que d’une manière « restreinte, réfléchie et justifiée ». Dans la décision *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] A.C.F. n° 1755, j’ai conclu que la SPR peut adopter le raisonnement et les conclusions d’un autre tribunal relativement à des personnes qui se trouvent dans une situation semblable au Pakistan si elle est convaincue que les faits et les éléments de preuve concernant les conditions du pays sont suffisamment semblables aux faits et à la preuve dont dispose la SPR dans l’affaire qu’elle doit trancher.

Voir aussi : *Hassan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 601, aux paragraphes 6 et 7; *Santiago c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 247; *Arellano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1265.

[62] Il convient de noter que dans l’affaire *Hinzman*, l’avocat des appelants avait contesté les statistiques sur les punitions infligées aux déserteurs, parce que ces statistiques avaient été établies avant le commencement de la plus récente action militaire américaine en Irak. La Cour d’appel fédérale avait néanmoins accepté la preuve selon laquelle la vaste majorité des déserteurs n’avaient pas fait l’objet de poursuites ou n’avaient pas été traduits en cour martiale, parce que les appelants n’avaient présenté aucune preuve contradictoire. La Cour d’appel fédérale était également d’avis qu’il y avait des raisons de croire que les statistiques n’avaient pas changé de façon importante après le déclenchement de la guerre, étant donné qu’il était dans l’intérêt supérieur de l’armée d’accéder aux demandes des soldats qui refusaient de combattre, parce que ces soldats seraient, au mieux, inefficaces et qu’ils pourraient communiquer leurs convictions à leurs collègues.

[63] In the present case, the applicant submitted documentary evidence revealing sentencing disparities for those convicted of desertion and going AWOL (Exhibit 18 to the affidavit of the applicant). As well, the applicant offered evidence that the military was not discharging those identifying themselves as gay or lesbian at the same rates as in the past, including a chart showing recent statistics indicating a significant decrease in discharges of gays and lesbians since 2001, as well as documentary evidence explaining that such decrease was due to the need for more personnel for the wars that the United States is engaged in. Not only does this evidence tend to refute the finding in *Hinzman*, but it also addresses a different fact situation than that examined in that case.

[64] In the light of the evidence that was before him and that had not been offered in *Hinzman*, and considering that the applicant was claiming refugee status not on the basis of her conscientious objection to the war but on the ground of her sexual orientation, the Board member could not merely base his decision on a finding made in another context. It was incumbent upon him, at the very least, to provide reasons as to why he nevertheless adopted that finding and discounted the evidence tending to invalidate it submitted by the applicant. I therefore find that the Board member came to an unreasonable conclusion since he followed blindly a finding taken from another decision and grounded on a completely different evidentiary basis.

[65] In view of these two errors (speculating about the isolated nature of Private Winchell's murder and following a finding in *Hinzman* that 94 percent of deserters are dealt with administratively), the argument that speculation is not enough when claiming that state protection could not reasonably have been forthcoming cannot defeat the applicant's claim. In *Hinzman*, it will be remembered, the Court held that no evidence had been offered to establish that the appellants would not be afforded the full protection of the law. In the case at bar, while the applicant had (according to *Hinzman*) a heavy burden of proof with respect to the presumption that the United

[63] En l'espèce, la demanderesse a déposé des éléments de preuve documentaire montrant des écarts dans les peines imposées aux soldats déclarés coupables de désertion et d'absence sans autorisation (pièce 18 de l'affidavit de la demanderesse). Entre outre, la demanderesse a présenté des éléments de preuve selon lesquels l'armée ne libérait pas autant de soldats qui se disent homosexuels que dans le passé, y compris un tableau montrant des statistiques récentes selon lesquelles il y a eu une importante diminution du nombre de personnes libérées en raison de leur homosexualité depuis 2001, ainsi que des éléments de preuve documentaire montrant que cette diminution était due au besoin en personnel créé par les guerres que livrent les États-Unis. Non seulement ces éléments de preuve semblent contraires à la conclusion tirée dans l'arrêt *Hinzman*, mais ils présentent aussi une situation différente de celle examinée dans cet arrêt.

[64] Vu la preuve dont il disposait et qui n'avait pas été déposée dans l'affaire *Hinzman* et vu que la demanderesse ne demandait pas l'asile sur le fondement de son objection de conscience à la guerre, mais en raison de son orientation sexuelle, le commissaire ne pouvait pas simplement fonder sa décision sur une conclusion tirée dans un autre contexte. Il lui incombait à tout le moins de fournir des motifs expliquant pourquoi il adoptait néanmoins cette conclusion et écartait la preuve qui semblait contradictoire présentée par la demanderesse. Je conclus par conséquent que le commissaire a tiré une conclusion déraisonnable, car il a aveuglément suivi une conclusion tirée d'une autre décision et fondée sur des éléments de preuve tout à fait différents.

[65] Vu ces deux erreurs (soit la conjecture relative à la nature isolée du meurtre du soldat Winchell et l'emprunt d'une conclusion tirée dans l'arrêt *Hinzman*, selon laquelle 94 p. 100 des désertions ont été réglées de façon administrative), la conclusion du commissaire, selon laquelle il ne suffit pas d'émettre une hypothèse lorsque l'on avance que la protection de l'État ne pouvait pas raisonnablement être assurée, ne justifie pas le rejet de la demande présentée par la demanderesse. Dans l'arrêt *Hinzman*, je le rappelle, la Cour d'appel fédérale avait conclu qu'aucune preuve n'avait été présentée par les appelants pour établir qu'ils ne seraient pas

States is capable of protecting her, she did provide evidence (both in her own affidavit and testimony and in a plethora of documents) in support of her allegations.

[66] As a result, I am of the view that the Board member erred in two respects in determining whether the applicant had an objective basis for her fear of persecution. First, he did not take fully into account the evidence pertaining to the situation of gays and lesbians in the U.S. Army in order to determine whether the applicant made an adequate attempt to avail herself of the protection afforded in her country. Second, the Board member erred in weighing that evidence, and thus drew two unwarranted conclusions therefrom. These two errors were material in the Board member's decision. Even assuming the applicant could have pursued further her request to be discharged, it was still open to her to demonstrate that she could not be required to seek out state protection since it was unlikely to be forthcoming. In failing to properly assess the evidence before him, the Board member precluded that line of reasoning.

B) Did the Board member err in finding that the applicant would be submitted to prosecution and not to persecution?

[67] Although not required to do so, in view of his ruling as to the adequacy of state protection, the Board member nonetheless did proceed to examine the applicant's claim that the application of the *Uniform Code of Military Justice* upon her return to the United States would result in persecution. To establish this claim, the applicant had to show that the relevant provisions of the UCMJ would be applied to her in a discriminatory fashion or would result in cruel and unusual punishment or treatment.

[68] To support her allegations in this respect, the applicant relied principally on the affidavit of Mr. Rehkopf, an

entièrement protégés par la loi. En l'espèce, bien que la demanderesse (suivant l'arrêt *Hinzman*) ait eu un lourd fardeau de la preuve quant à la présomption que les États-Unis étaient capables de la protéger, elle a bien fourni des éléments de preuve (dans son affidavit et son témoignage ainsi que dans un éventail de documents) à l'appui de ses allégations.

[66] Par conséquent, je suis d'avis que le commissaire a commis deux erreurs lorsqu'il a tranché la question de savoir si la demanderesse avait une crainte objective de persécution. Tout d'abord, le commissaire n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve sur la situation des homosexuels dans l'armée américaine dans son analyse quant à savoir si la demanderesse avait essayé de se prévaloir de la protection offerte dans son pays. Ensuite, le commissaire a commis deux erreurs dans l'appréciation de cette preuve, et il en a donc tiré deux conclusions erronées. Ces deux erreurs ont joué un rôle important dans la décision du commissaire. Même en supposant que la demanderesse aurait pu poursuivre sa demande d'être libérée de l'armée, il lui était encore possible d'établir qu'on ne pouvait pas lui reprocher de ne pas avoir essayé de se prévaloir de la protection de l'État, parce que cette protection n'aurait vraisemblablement pas été assurée. En n'examinant pas de façon appropriée la preuve dont il disposait, le commissaire a exclu ce raisonnement.

B) Le commissaire a-t-il commis une erreur en concluant que la demanderesse ferait l'objet de poursuites et non de persécution?

[67] Bien qu'il ne fût pas tenu de le faire et vu sa conclusion sur le caractère adéquat de la protection de l'État, le commissaire a néanmoins poursuivi son examen et s'est penché sur l'allégation de la demanderesse selon laquelle l'application du Code unifié de justice militaire à son retour aux États-Unis serait pour elle de la persécution. Pour démontrer le bien-fondé de cette allégation, la demanderesse devait prouver que les dispositions pertinentes du Code s'appliqueraient à elle de façon discriminatoire ou entraîneraient une peine ou un traitement cruels et inusités.

[68] Afin d'étayer ses allégations à ce sujet, la demanderesse s'est principalement appuyée sur l'affidavit de

attorney at law who had 32 years of military law experience both as prosecutor, defence counsel and acting staff judge advocate. Yet, after reviewing Mr. Rehkopf's evidence (with which he disagreed on a number of points), the Board member questioned his credibility in the following manner (at paragraphs 173–174):

I find of interest that Mr. Rehkopf states in his affidavit that he entered active duty in the Air Force in 1976 as a Judge Advocate;

“... that he served in active duty from 1976 to 1981 as an Assistant Staff Judge Advocate ... and he has 32 years “military law experience” as a prosecutor, defense counsel and Acting Staff Judge Advocate. He has tried in excess of 225 cases to a verdict. The majority of them being military courts-martial ...”

He does not indicate how many times he acted as the prosecutor in those 225 plus cases. If Mr. Rehkopf was so concerned about the inequities of the military justice system in so far as it relates to homosexuality in the armed forces, one wonders why, if he acted as a prosecutor in such military claims, that he was able to control his emotions or continue on with those prosecutions of deserters (assuming that some of the members included issues of homosexuality) in light of what he now says about the injustices and Draconian sentences handed out by the Court-Martial judges in situations in which the claimant now finds herself in.

[69] This unfavourable finding as to credibility is problematic in a number of ways. The respondent is correct to point out that Mr. Rehkopf was not qualified as an expert by the Board, and had no first-hand knowledge of the applicant or of her exact circumstances. That being said, I am of the view that his affidavit was not just a lay opinion which the board could reject without providing reasons for doing so. Mr. Rehkopf obviously had a long experience as a military lawyer and has acted as defense counsel, prosecutor and judge for many years. It was open to the Board, of course, to prefer other evidence to that provided by Mr. Rehkopf. The problem is that the Board member discounted his experience and expertise without providing reasons or referring to adverse

M. Rehkopf, un avocat ayant 32 ans d'expérience à titre de procureur, d'avocat de la défense et de juge-avocat de l'état-major par intérim. Pourtant, le commissaire, après avoir examiné le témoignage de M. Rehkopf (avec qui il est en désaccord à plusieurs égards), met en doute la crédibilité de celui-ci de la manière suivante (aux paragraphes 173 et 174) :

J'estime qu'il convient de souligner que M. Rehkopf affirme, dans son affidavit, qu'il a effectué son service actif au sein des Forces aériennes en 1976, à titre de juge-avocat :

[TRADUCTION]

[...] sa période de service actif s'étend de 1976 à 1981, à titre de juge-avocat adjoint de l'état-major [...], et il compte 32 ans d'expérience en droit militaire à titre de procureur, d'avocat de la défense et de juge-avocat de l'état-major par intérim. Il a instruit plus de 225 affaires jusqu'à l'étape du verdict. Dans la plupart des cas, il s'agissait d'affaires entendues par une cour martiale militaire [...]

Il ne mentionne pas combien de fois il a joué le rôle de procureur dans ces quelque 225 affaires. Si M. Rehkopf était si préoccupé par les inégalités au sein du système de justice militaire, à tout le moins en ce qui concerne les homosexuels dans les forces armées, il est possible de se demander comment il a fait, quand il a agi à titre de procureur dans ce type d'affaires militaires, pour maîtriser ses émotions ou continuer à poursuivre des déserteurs (en supposant que l'homosexualité était en cause dans certains cas), à la lumière de ses affirmations à propos des injustices et des peines draconiennes infligées par les juges des cours martiales à des accusés qui se trouvent dans la même situation que la demandeur d'asile.

[69] Cette conclusion défavorable quant à la crédibilité de M. Rehkopf pose problème de plus d'une manière. Le défendeur a raison de souligner que M. Rehkopf n'avait pas été reconnu comme expert par la Commission et qu'il ne connaissait pas personnellement la demanderesse ni sa situation exacte. Cela dit, je suis d'avis que son affidavit valait plus que l'opinion d'une personne ordinaire que le commissaire pouvait rejeter sans motif. De toute évidence, M. Rehkopf avait beaucoup d'expérience en tant qu'avocat militaire et avait agi à titre d'avocat de la défense, de procureur et de juge pendant de nombreuses années. Le commissaire était tout à fait libre de se fier à une autre preuve qu'à celle fournie par M. Rehkopf. Le problème est que le commissaire a

evidence. Indeed, there was no evidence whatsoever before the Board refuting the evidence of Mr. Rehkopf.

[70] The Board member aptly noted that Mr. Rehkopf made some assumptions in his affidavit which must be dismissed as speculative. This is a fair comment, although he offered only one single example of such an assumption. It might have been helpful if he had specified those other assumptions which he found unwarranted, as there is obviously a fine line between offering an opinion and making unsubstantiated assumptions. Moreover, the Board member himself engaged in speculation (when he stated that the murder of Private Winchell was an isolated act) to attack Mr. Rehkopf's credibility. Similarly, he seemed to assume that the "Don't Ask, Don't Tell" policy, if challenged, would be declared unconstitutional. Not only is this assumption, at best, highly questionable (the Board member offers no legal analysis to support that view), but it is irrelevant to determine how the applicant would be treated, in the meantime, if returned to the United States. Finally, he quoted from a newspaper article published after the hearing, according to which President Obama was expected to repeal the "Don't Ask, Don't Tell" policy, and inferred that this would "sweep away" most if not all of the ammunition presently used by prosecutors in U.S. court martials in situations similar to those the applicant finds herself in. Once again, this reference was totally inappropriate as it was purely speculative and did not change the law as it stood at the time the Board member rendered his decision.

[71] The only reason provided by the Board member to dismiss Mr. Rehkopf's affidavit is the apparent inconsistency between the position he now takes and the fact that he worked as a prosecutor in cases of desertion. While this may validly raise questions as to the motives underlying Mr. Rehkopf's testimony, it is not sufficient, in and of itself, to undermine his opinions. In fact, one could even argue that it makes his opinion all the more compelling,

décidé de ne pas tenir compte de l'expérience et de l'expertise de M. Rehkopf sans fournir de motif ni faire mention d'une preuve contraire. En fait, le commissaire ne disposait d'absolument aucune preuve contredisant le témoignage de M. Rehkopf.

[70] Le commissaire a fait judicieusement remarquer que M. Rehkopf formule quelques hypothèses dans son affidavit qui doivent être rejetées comme étant des conjectures. Il s'agit d'une remarque pertinente, mais il n'en donne qu'un seul exemple. Il aurait pu être utile que le commissaire mentionne les autres hypothèses qu'il estimait injustifiées, car il n'y a bien sûr qu'un pas entre présenter une opinion et formuler des hypothèses sans fondement. En outre, le commissaire tire une conjecture (celle voulant que le meurtre du soldat Winchell fût un acte isolé) pour affirmer que M. Rehkopf n'était pas crédible. De manière semblable, il semble tenir pour acquis que la politique [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire », si elle était contestée, serait jugée inconstitutionnelle. Non seulement il s'agit d'une hypothèse, au mieux, plus que douteuse (le commissaire ne présente aucune analyse du droit à l'appui de son point de vue), mais elle n'est d'aucune utilité pour déterminer comment la demanderesse serait traitée entre-temps, si elle retournerait aux États-Unis. Enfin, il cite un article de journal publié après l'audience, selon lequel on s'attend à ce que le président Obama abroge la politique [TRADUCTION] « ne rien demander, ne rien dire », et en déduit que cela [TRADUCTION] « ferait disparaître » la plupart, si ce n'est la totalité, des « munitions » actuellement utilisées par les parties poursuivantes des cours martiales américaines dans des cas comme celui de la demanderesse. Cette considération était elle aussi tout à fait inappropriée, car elle relève purement de la conjecture et ne change rien à l'état du droit tel qu'il était appliqué au moment où le commissaire a rendu sa décision.

[71] La seule raison fournie par le commissaire pour rejeter l'affidavit de M. Rehkopf était la contradiction apparente entre la position que celui-ci défend aujourd'hui et le fait qu'il ait travaillé comme procureur de poursuite dans des affaires de désertion. Bien que cela puisse raisonnablement soulever des questions quant aux motivations du témoignage de M. Rehkopf, cela ne suffit pas en soi à mettre en doute son opinion. D'ailleurs, on

since he had the advantage of seeing first-hand not only what the black-letter law is but how it operates in practice. Mr. Rehkopf was never cross-examined on his affidavit, and so we will never know how he reconciled the views expressed in his affidavit with his past work experiences. It may well be, for example, that he never had to deal personally with prosecutions of deserters involving issues of homosexuality, contrary to the groundless assumption made by the Board member. I am therefore of the view that this attack on his credibility was totally inappropriate, and was based, at least in part, on pure speculation.

[72] Counsel for the respondent suggested that the opinion of Mr. Rehkopf was dismissed because he did not exhibit the degree of impartiality and objectivity necessary to render his testimony reliable, assuming instead the role of an advocate. Using the same example as the Board (i.e. Mr. Rehkopf's assumption that the applicant will not be paid for a considerable time because her pay records will have been "lost" and that she would be treated worse than drug dealers), counsel argues that Mr. Rehkopf's affidavit is that of an advocate as it is replete with speculations and conjectures.

[73] Having read carefully the affidavit of Mr. Rehkopf, I am not prepared to go that far. As previously mentioned, it is the role of an expert to offer an opinion on the basis of inferences drawn from the facts. Of course, the accuracy and reliability of the underlying facts on which the opinion is based will be crucial in determining the weight to be given to expert evidence. In the case at bar, the Board member not only found the applicant's story credible, but failed to refute the facts upon which the opinion of Mr. Rehkopf was based by referring to adverse evidence. While some comments made by Mr. Rehkopf could properly be given little weight as they verged on advocacy, this was clearly not sufficient to justify the outright rejection of his affidavit altogether.

pourrait soutenir que son opinion n'en est que plus convaincante, puisqu'il a eu l'avantage d'apprendre par expérience personnelle non seulement les principes du droit applicable, mais comment ils se traduisent dans les faits. M. Rehkopf n'a jamais été contre-interrogé au sujet de son affidavit, de sorte que nous ne saurons jamais comment il concilie les opinions exprimées dans son affidavit et ses expériences de travail passées. Il se peut fort bien, par exemple, qu'il n'ait jamais eu à s'occuper de poursuites contre des déserteurs dans des cas où l'homosexualité jouait un rôle, contrairement à l'hypothèse sans fondement formulée par le commissaire. Je suis donc d'avis qu'il était tout à fait inapproprié pour le commissaire d'affirmer que M. Rehkopf n'était pas crédible, et que, pour ce faire, il s'est appuyé en partie sur de pures conjectures.

[72] L'avocat du défendeur a avancé que l'opinion de M. Rehkopf avait été rejetée parce que ce dernier n'avait pas fait preuve de l'impartialité et de l'objectivité nécessaires pour rendre son témoignage fiable et qu'il avait plutôt pris position en tant que défenseur d'une cause. En reprenant le même exemple que la Commission (c'est-à-dire la supposition de M. Rehkopf selon laquelle la demanderesse ne recevrait aucun salaire parce que son dossier de paie aurait été « perdu » et qu'elle serait moins bien traitée qu'un revendeur de drogues), il soutient que l'affidavit de M. Rehkopf ressemble à celui d'un militant, car il foisonne de suppositions et de conjectures.

[73] Après avoir lu attentivement l'affidavit de M. Rehkopf, je ne suis pas prêt à aller aussi loin. Comme je l'ai mentionné précédemment, le rôle d'un expert est d'offrir une opinion fondée sur les conclusions qu'il tire à partir de faits. Bien sûr, l'exactitude et la fiabilité des faits servant de fondement à l'opinion sont cruciales lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur qui doit être accordée au témoignage de l'expert. En l'espèce, le commissaire, en plus de juger crédible le récit de la demanderesse, n'a pas, en invoquant une preuve contraire, contesté les faits sur lesquels se fondait l'opinion de M. Rehkopf. Bien que certaines remarques formulées par M. Rehkopf aient pu très bien n'avoir que peu de valeur puisqu'elles tendaient au militantisme, elles ne justifiaient certainement pas le rejet pur et simple de l'affidavit dans son ensemble.

[74] There is another, perhaps more fundamental, problem with this argument. Nowhere in his reasons did the Board member offer such an explanation for rejecting Mr. Rehkopf's evidence. It is trite law that on judicial review, it is the reasons provided by the Board that are to be reviewed; there is no room for *ex post facto* rationalization of the decision offered by the party wishing to have that decision upheld.

[75] The same can be said with respect to the further argument made by the respondent that Mr. Rehkopf's opinion constituted a pronouncement on the questions that were to be ruled on by the Board, such as the availability of state protection and persecution versus prosecution. The Board member quite correctly remarked that it was for him, and not for Mr. Rehkopf, to draw the line between prosecution and persecution in the application of the UCMJ. Similarly, it was open to him to find that, as a law of general application, the UCMJ is applied in a non-discriminatory fashion and to reject Mr. Rehkopf's opinion in that respect. But nowhere did he write that he dismissed the affidavit in its entirety because Mr. Rehkopf expressed an opinion on the mode of application of domestic law. Indeed, that would have been excessive.

[76] Mr. Rehkopf did not offer an opinion as to whether the applicant is a refugee under Canadian law. He did not purport to state categorically that the applicant would be persecuted if she were to return to the United States either. Quite to the contrary, he acknowledged that it is not an easy task to draw the line between prosecution and persecution, and simply described the situation that she would likely face when she returned (see pages 20 and 21 of his affidavit, Exhibit 20 of the applicant's affidavit). He also offered his opinion, based on American, Canadian and European law, that the situation that Ms. Smith would face due to her sexual orientation is of the sort condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct. I fail to see how these views stray from the appropriate purview of expert opinion. Mr. Rehkopf stayed clear of expressing an opinion on the ultimate question to be ruled on by the member.

[74] L'argument du défendeur pose un autre problème, peut-être encore plus important. Nulle part dans ses motifs le commissaire n'avance une telle explication pour justifier le rejet du témoignage de M. Rehkopf. Il est de jurisprudence constante que, en contrôle judiciaire, ce sont les motifs exposés par la Commission qui doivent être examinés; on ne saurait accepter la rationalisation que propose, après coup, la partie voulant voir la décision confirmée.

[75] Il peut être dit la même chose de l'autre argument du défendeur selon lequel l'opinion de M. Rehkopf visait à apporter une réponse aux questions relevant de la Commission, comme l'existence de la protection étatique ou la ligne de démarcation entre poursuites et persécution. Le commissaire a affirmé, à juste titre, que c'est à lui qu'il incombait, et non à M. Rehkopf, de tracer la limite entre poursuites et persécution dans l'application du Code unifié de justice militaire. De manière semblable, il avait clairement le droit de s'en tenir à l'interprétation voulant que le Code, en tant que loi d'application générale, s'appliquait de façon non discriminatoire et de rejeter l'opinion de M. Rehkopf à cet égard. Cependant, le commissaire n'écrit nulle part qu'il rejette l'affidavit en entier parce que M. Rehkopf fait connaître son opinion sur les modalités d'application du droit interne. Certes, cela aurait été excessif.

[76] M. Rehkopf n'a pas donné son avis sur la question de savoir si la demanderesse était une réfugiée en droit canadien. Il n'a pas non plus prétendu affirmer de façon catégorique que la demanderesse serait persécutée si elle était renvoyée aux États-Unis. Bien au contraire, il a reconnu qu'il n'était pas facile d'établir où se terminent les poursuites et où commence la persécution et il s'est contenté de décrire la situation à laquelle la demanderesse devrait vraisemblablement faire face si elle devait retourner aux États-Unis (voir les pages 20 et 21 de son affidavit, pièce 20 de l'affidavit de la demanderesse). Il s'est également dit d'avis que, selon le droit américain, canadien et européen, la situation à laquelle ferait face M^{me} Smith en raison de son orientation sexuelle est du type qui est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles élémentaires du comportement humain. Je ne vois pas en quoi cet avis outrepassé le champ habituel de compétence d'un expert exprimant son opinion. M. Rehkopf s'est gardé de donner son avis

[77] As for the views he expressed with respect to the decisions of this Court and the Federal Court of Appeal in *Hinzman*, they were not inappropriate either. It is true that domestic law is not a subject about which a Canadian court will receive opinion evidence: see *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819; *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, at paragraph 27. But that is not what Mr. Rehkopf did in his affidavit. He was well aware of that danger, and he went out of his way to emphasize that he was not attempting to provide legal advice concerning Canadian law (see footnote 11 of his affidavit). In fact, he purported to apply the requirements spelled out in *Hinzman* with respect to state protection, and merely rejected the view that the UCMJ, even though it is in theory a law of general application, is always applied in a non-discriminatory fashion, first because the black-letter law is one thing and the application thereof may be a quite different one, and second because it only applies to persons having actual military status. These are opinions as to facts that do not detract from the legal principles espoused by this Court and the Federal Court of Appeal in *Hinzman* and that he was entitled to make on the basis of his experience and expertise in American military law.

[78] Having dismissed the evidence presented by Mr. Rehkopf, the Board member cited the decision of the Federal Court of Appeal for the proposition that the UCMJ is a law of general application that is applied in a non-discriminatory fashion, and also found that there was no credible evidence that the applicant would not receive a fair hearing upon her return to the United States. Considering the evidence that was before him, I do not think that this was a finding that was reasonably open to him.

[79] The duty of the Board was to determine whether the applicant would face persecution should she be returned to her country. Paragraph 167 of the UNHCR

sur la question principale devant être tranchée par le commissaire.

[77] Pour ce qui est du point de vue que M. Rehkopf a donné sur les décisions de la Cour et sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Hinzman*, il n'était pas inapproprié non plus. Il est vrai qu'un tribunal canadien ne recevra pas de témoignages d'opinion au sujet du droit interne : voir *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454, au paragraphe 27. Mais ce n'est pas ce qu'a fait M. Rehkopf dans son affidavit. Il connaît bien le danger et prend la peine de souligner qu'il ne tente pas de donner un avis juridique sur le droit canadien (voir la note 11 de son affidavit). En fait, il prétend appliquer les exigences énoncées dans l'arrêt *Hinzman* à propos de la protection de l'État et affirme simplement ne pas souscrire à l'opinion voulant que le Code unifié de justice militaire, bien qu'il s'agisse en théorie d'une loi d'application générale, soit toujours appliqué d'une façon non discriminatoire, d'abord parce que les principes du droit sont une chose et que leur application peut se révéler en être une tout autre en pratique, ensuite parce que son application est limitée aux personnes ayant effectivement le statut de militaire. Il s'agit de conclusions de fait qui ne s'éloignent pas des principes juridiques adoptés par la Cour ainsi que par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman* et que M. Rehkopf avait le droit de tirer compte tenu de son expérience et de son expertise en droit militaire américain.

[78] Après avoir rejeté le témoignage de M. Rehkopf, le commissaire a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel fédérale pour étayer l'affirmation selon laquelle le Code unifié de justice militaire est une loi d'application générale qui est appliquée de façon non discriminatoire et il a également conclu qu'aucun élément de preuve crédible ne permettait de croire que la demanderesse n'obtiendrait pas une audience équitable si elle devait retourner aux États-Unis. Compte tenu de la preuve dont il disposait, je ne crois pas que le commissaire pouvait raisonnablement tirer cette conclusion.

[79] Il incombait à la Commission de déterminer si la demanderesse serait persécutée si elle devait retourner dans son pays. Il est énoncé au paragraphe 167 du Guide

Handbook states that “[f]ear of prosecution and punishment for desertion or draft-evasion does not in itself constitute well-founded fear of persecution under the definition.” But paragraph 168 goes on to say:

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

[80] One of the exceptions outlined by the Handbook is found at paragraph 169 and refers to an applicant who can establish some form of discriminatory mistreatment before, during or even after military service. The Federal Court of Appeal implicitly referred to that exception in *Hinzman*, at paragraph 31:

Finally, the Board considered whether the punishment the appellants would face upon return to the United States would amount to persecution. To establish this claim, the Board indicated that the appellants would have to show that the relevant provisions of the U.S. Uniform Code of Military Justice (“UCMJ”) would be applied to them in a discriminatory fashion or would amount to cruel or unusual treatment or punishment.

[81] In that case, the Federal Court of Appeal eventually held that the UCMJ is a law of general application applied in a non-discriminatory fashion. But that finding was made in a context where there were many provisions and procedural safeguards designed to ensure that conscientious objectors can claim exemptions from military service or alternatives to combat, as is made clear at paragraph 47 of that decision.

[82] The applicant’s claim is not simply that she is a conscientious objector and that she will be punished if she returns. At the heart of the applicant’s claim is that she is a lesbian member of the U.S. Army, who was harassed and threatened at the same base where a gay

du HCNUR que « [l]a crainte des poursuites et du châtement pour désertion ou insoumission ne constitue pas pour autant une crainte justifiée d’être victime de persécutions au sens de la définition. » Cependant, il est ensuite affirmé au paragraphe 168 :

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

[80] Une des exceptions que prévoit le Guide se trouve au paragraphe 169 et elle vise la situation d’un demandeur pouvant établir qu’il a été victime d’une forme de traitement discriminatoire avant, pendant ou même après son service militaire. La Cour d’appel fédérale a implicitement fait référence à cette exception dans l’arrêt *Hinzman*, au paragraphe 31 :

Finalement, la Commission a examiné si la peine à laquelle les demandeurs devraient faire face à leur retour aux États-Unis constituait en soi de la persécution. Selon la Commission, les appelants auraient à montrer, pour prouver cette prétention, que les dispositions pertinentes de l’Uniform Code of Military Justice (UCMJ) (le code uniforme de justice militaire) des États-Unis seraient appliquées dans leur cas d’une manière discriminatoire ou constituant une peine ou un traitement cruel ou inusité.

[81] Dans cet arrêt, la Cour d’appel fédérale avait en fin de compte conclu que le Code unifié de justice militaire était une loi d’application générale qui était appliquée de façon non discriminatoire. Cependant, cette conclusion avait été tirée compte tenu des nombreuses dispositions et protections d’ordre procédural visant à assurer que les objecteurs de conscience puissent demander à être exemptés du service militaire ou soient affectés à des tâches non reliées au combat, comme l’énonce clairement le paragraphe 47 de cet arrêt.

[82] La demanderesse ne prétend pas simplement être objecteur de conscience ou craindre d’être punie si elle devait retourner dans son pays. Au cœur de la demande d’asile de la demanderesse se trouve le fait qu’elle est une membre lesbienne de l’armée américaine, qui a été

member of the army was beaten to death, and who feels she could not rely on her superiors to secure protection. She fears that she could be punished for leaving an environment where her life is in danger.

[83] The duty of the Board member was to determine whether she would suffer persecution as a result of the relevant substantive law or of the process whereby the law would be applied to her. It was not enough for the Board member to state that he is “not in a position to defend or criticize”. It is part and parcel of the assessment of a refugee claim to determine whether a claimant has a well-founded fear of persecution for reasons, *inter alia*, of her membership in a particular social group, if he/she is returned to his/her home country.

[84] The applicant provided evidence to the Board that the punishment she would be exposed to under the court-martial process relates to a breach of a law that is in conflict with a fundamental human right and therefore adversely differentiates on a Convention ground in its application. In particular, the applicant is at risk of being court-martialled for the following crimes: “absent without leave”, “desertion”, “desertion to avoid hazardous duty” and/or “indecent act” (for engaging in homosexual behaviour) punishable under the UCMJ. Yet, there was evidence before the Board member that the Supreme Court of the United States has declared unconstitutional a state statute making it a crime for two adults of the same sex to engage in consensual “sodomy”. The *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* (Exhibit 35 of the applicant’s affidavit) also provides that acts of physical, sexual and verbal abuse and discrimination against gays and lesbians, when they go unpunished, may form the basis of a refugee claim. Similarly, this Note adds that “[b]eing compelled to forsake or conceal one’s sexual orientation and gender identity, where this is instigated or condoned by the State, may amount to persecution” (at paragraph 12). This evidence could not simply be ignored by the Board member and had to be properly discussed and analysed before he could conclude that the UCMJ was a law of general application and applied in a non-discriminatory fashion.

harcelée et menacée dans la même base où un membre gai de l’armée a été battu à mort et qui ne croit pas pouvoir compter sur ses supérieurs pour la protéger. Elle craint d’être punie pour avoir quitté une situation mettant sa vie en danger.

[83] Le commissaire était tenu de déterminer si la demanderesse subirait de la persécution en raison de la loi à laquelle elle serait assujettie et du processus par lequel cette loi lui serait appliquée. Il ne suffisait pas pour le commissaire d’affirmer qu’il n’était « pas en mesure de défendre ni de critiquer ». Déterminer si un demandeur craint avec raison d’être persécuté en raison, entre autres choses, de son appartenance à un groupe social s’il est renvoyé dans son pays d’origine fait partie intégrante de l’examen d’une demande d’asile.

[84] La demanderesse a présenté à la Commission une preuve montrant que la peine à laquelle elle serait exposée en cour martiale découlerait d’un manquement à une loi qui porte atteinte à un des droits fondamentaux de la personne et, par conséquent, dont l’application crée une discrimination fondée sur un des motifs prévus à la Convention. En particulier, la demanderesse risquerait d’être poursuivie en cour martiale pour les crimes militaires d’absence sans autorisation, de désertion, de désertion pour éviter d’avoir à accomplir des tâches dangereuses et d’indécence (pour s’être livrée à des actes homosexuels) punissables suivant le Code unifié de justice militaire. Pourtant, le commissaire disposait d’une preuve montrant que la Cour suprême des États-Unis avait déclaré inconstitutionnelle une loi d’un État criminalisant le fait pour deux adultes consentants de même sexe de se livrer à la « sodomie ». La *Note d’orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre* (pièce 35 de l’affidavit de la demanderesse) énonce également que la discrimination et la maltraitance physiques, sexuelles et verbales des gais et lesbiennes, lorsqu’elles ne sont pas punies, peuvent constituer le fondement d’une demande d’asile. De manière semblable, la Note prévoit de surcroît que « [l]a contrainte d’abandonner ou de cacher son orientation sexuelle et son identité [sexuelle], lorsqu’elle a lieu à l’instigation de l’État ou que l’État ferme les yeux sur cette contrainte, peut constituer de la persécution » (au paragraphe 12). Le commissaire ne pouvait pas faire fi de cet élément de

[85] The Federal Court of Appeal has also recognized that an applicant may qualify as a Convention refugee even if it is ruled that a law is *prima facie* of general application. This might be the case, for example, if the law is selectively applied, or if the punishment or treatment provided for in a law of general application is out of all proportion to the objective of the law: see *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), at pages 322–323. The recent decision of this Court in *Rivera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 814, 351 F.T.R. 267, provides a useful and vivid illustration of this principle. Accordingly, the Board member could not ignore the evidence suggesting unequal treatment for homosexuals before court martials, both in the exercise of the discretion to prosecute and in the sentencing. Similarly, there was evidence both in the documentation before the Board member and in the affidavit submitted by Mr. Rehkopf to the effect that military judges are not independent as they are part of the chain of command and depend upon superior officers for promotions and subsequent assignments, that convening authorities determine whether a member of the military will be prosecuted and select potential jurors, and that there is no uniform or consistent method by which sentences are imposed on military personnel convicted of AWOL or desertion. While these assertions appear to contradict the findings of the Board and of the Federal Court of Appeal in *Hinzman*, it must be remembered that these findings of fact were made on the basis of the evidence that was submitted by the parties in that case. In fact, the Federal Court of Appeal noted in *Hinzman* (at paragraph 49) that there was no evidence before the Board to the effect that the military judges are not independent or that the procedure by which the law would be applied to the applicant is discriminatory. Furthermore, *Hinzman* was decided in the specific context of a claim based on conscientious objection and not on sexual orientation. It was therefore the duty of the Board member to assess the fairness of the court-martial process in the light of the particular set of facts and of the evidence that was before him.

preuve et il devait l'analyser de manière adéquate avant de conclure que le Code était une loi d'application générale et était appliqué d'une façon non discriminatoire.

[85] La Cour d'appel fédérale a également reconnu qu'un demandeur peut être déclaré réfugié au sens de la Convention même s'il est conclu qu'une loi est, à première vue, d'application générale. Ce peut être le cas, par exemple, si la loi est appliquée de façon sélective ou si la punition ou le traitement imposés en vertu d'une règle d'application générale sont complètement disproportionnés par rapport à l'objectif de la règle : voir *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), aux pages 322 et 323. La décision rendue récemment par la Cour dans *Rivera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 814, illustre de façon utile et saisissante ce principe. En conséquence, le commissaire ne pouvait pas faire fi de la preuve donnant à entendre que les homosexuels étaient traités de façon inégale devant les cours martiales, à la fois dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites et dans l'imposition de la peine. De plus, le commissaire disposait tant dans les documents portés à son attention que dans l'affidavit de M. Rehkopf d'une preuve révélant que les juges militaires ne sont pas indépendants, car ils font partie de la chaîne de commandement et dépendent de leurs officiers supérieurs pour leurs promotions et leurs affectations subséquentes, que les autorités convocatrices déterminent si un membre de l'armée sera poursuivi et sélectionnent les jurés potentiels, et qu'il n'existe pas de méthode appliquée de façon uniforme ou constante dans l'établissement des peines imposées aux militaires déclarés coupables de s'être absentes sans autorisation ou d'avoir déserté. Bien que ces affirmations semblent contredire les conclusions tirées par la Commission, et par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hinzman*, il faut se rappeler que ces conclusions de fait avaient été tirées à partir de la preuve soumise par les parties dans cette affaire. En fait, la Cour d'appel fédérale a fait observer dans l'arrêt *Hinzman* (au paragraphe 49) que la Commission ne disposait d'aucune preuve montrant que les juges militaires n'étaient pas indépendants ou que la procédure par laquelle la loi serait appliquée au demandeur était discriminatoire. En outre, l'arrêt *Hinzman* a été rendu dans le contexte particulier d'une demande d'asile fondée sur l'objection de conscience, et non sur l'orientation

[86] Pausing there, it seems to be commonly assumed to be inappropriate for this Court, or for that matter any other Canadian court or administrative tribunal, to rule on the constitutionality of a foreign statute or its compatibility with our own *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. However, there is authority for the proposition that a national court can indeed rule on the constitutionality of a foreign statute, when proper evidence has been adduced either supporting or attacking the validity of a statute, and when the issue of constitutionality arises incidentally in the course of the litigation: see *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] Ex. C.R. 435, at page 451; and more recently *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pages 308–310. In the case at bar, the issue of the constitutionality of the relevant provisions of the UCMJ has not been argued by the parties. Moreover, the resolution of that question is not necessary to the disposition of this case in a judicial review context. I shall therefore refrain from making a ruling on that question. That being said, even if restraint is called for when it comes to the constitutionality of foreign legislation, the Board nevertheless had a duty to determine whether the UCMJ was, even though it is *prima facie* a law of general application, enforced in a non-discriminatory fashion in the United States, both substantively and procedurally.

[87] As a result of the foregoing, I come to the conclusion that the Board member erred in finding not only that the applicant had failed to present clear and convincing proof of the inability of the United States to protect her, but also that she had not met her burden of establishing a serious possibility of persecution on a Convention ground or that it is more likely than not that she would be tortured or face a risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment upon return to the United States. In view of the cumulative effect of

sexuelle. Par conséquent, il incombait au commissaire d'évaluer l'équité des procédures en cour martiale à la lumière de l'ensemble des faits particuliers et de la preuve qui étaient devant lui.

[86] Considérons ceci un instant : il semble qu'il soit généralement tenu pour acquis qu'il ne revient pas à la Cour, ni à aucun autre tribunal judiciaire ou administratif canadien d'ailleurs, de statuer sur la constitutionnalité d'une loi étrangère ou sur sa compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Cependant, il y a des précédents établissant qu'un tribunal national peut effectivement statuer sur la constitutionnalité d'une loi étrangère si une preuve pertinente est déposée à l'appui ou en contestation de la validité d'une loi et si la question de la constitutionnalité est accessoire au litige : voir *Estonian Cargo & Passenger S.S. Line v. Elise, Proceeds of the Steamship, et al.*, [1948] R.C.É. 435, à la page 451; plus récemment : *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, aux pages 308 à 310. En l'espèce, la question de la constitutionnalité des dispositions pertinentes du Code unifié de justice militaire n'a pas été plaidée par les parties. En outre, il n'est pas nécessaire de trancher cette question pour que la Cour statue sur la présente affaire dans le contexte d'un contrôle judiciaire. Je m'abstiendrai donc de me prononcer sur la question. Cela étant dit, même s'il faut faire preuve de retenue lorsqu'il s'agit de la constitutionnalité d'une loi étrangère, le commissaire avait néanmoins l'obligation de déterminer si le Code unifié de justice militaire, malgré qu'il s'agisse à première vue d'une loi d'application générale, était appliqué d'une façon non discriminatoire aux États-Unis, et ce, tant du point de vue du fond que de celui de la forme.

[87] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le commissaire a commis une erreur non seulement en concluant que la demanderesse n'avait pas présenté de preuve claire et convaincante de l'incapacité des États-Unis à la protéger, mais encore en concluant qu'elle n'avait pas prouvé l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution fondée sur un motif prévu à la Convention ou prouvé qu'elle risquait vraisemblablement d'être soumise à la torture ou d'être exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et

the Board member's errors in the assessment of the evidence that was before him, his conclusions are unreasonable.

[88] The applicant has proposed the following two questions for certification:

i. Where an applicant requests the Board member to evaluate evidence rebutting the presumption that the judicial process or laws the applicant would be subject to in her home country are not laws of general application and therefore persecutory, does the Board member have an obligation to address it when making findings of state protection?

ii. Does the Board member have an obligation to provide an analysis supported by evidence that trained, professional observations brought to the Board by an expert are not credible?

[89] It is to be noted that the applicant proposes these questions only in the event she is unsuccessful in her judicial review. I agree with the respondent that this is a highly unusual and inappropriate way of proceeding; if a question is truly a question of general importance determinative of an appeal, its certification should not hinge upon the success or failure of one of the parties.

[90] That being said, the rationale offered by the applicant in support of the certification of her two proposed questions reads more like a further argument on the application for judicial review than as a true justification for bringing these issues to the Federal Court of Appeal. As I have already canvassed in my reasons all the points raised by the applicant in her submissions relating to these proposed questions, no additional comments are called for. Suffice it to say that they do not meet the criteria set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.). As for the distinction between prosecution and persecution and the issue whether a given law that is *prima facie* of general application is in fact susceptible

inusités si elle retournerait aux États-Unis. Vu l'effet cumulatif des erreurs commises par le commissaire dans l'évaluation de la preuve dont il disposait, ses conclusions sont déraisonnables.

[88] La demanderesse a proposé la certification des deux questions suivantes :

[TRADUCTION]

i. Lorsqu'un demandeur d'asile demande au commissaire d'évaluer une preuve réfutant la présomption selon laquelle le processus judiciaire ou les lois auxquels il serait assujéti dans son pays d'origine sont des règles d'application générale et alléguant donc qu'elles entraînent de la persécution, le commissaire est-il tenu de se pencher sur la question lorsqu'il tire des conclusions quant à la protection de l'État?

ii. Le commissaire est-il tenu de présenter une analyse étayée par la preuve lorsqu'il conclut que les observations issues de l'expérience et de l'expertise d'un expert qui ont été soumises à la Commission ne sont pas crédibles?

[89] Il est à noter que la demanderesse propose la certification de ces questions uniquement au cas où elle n'obtiendrait pas gain de cause en contrôle judiciaire. Je conviens avec le défendeur qu'il s'agit d'une façon de procéder très inhabituelle et inappropriée. Si une question a vraiment une portée générale permettant de trancher un appel, sa certification ne devrait pas dépendre du succès ou de l'échec de l'une des parties.

[90] Cela dit, les explications fournies par la demanderesse à l'appui des deux questions qu'elle propose ressemblent plus à des arguments supplémentaires présentés dans le cadre du contrôle judiciaire qu'à de véritables raisons de soumettre ces questions à la Cour d'appel fédérale. Étant donné que j'ai déjà abordé dans les motifs tous les éléments soulevés par la demanderesse dans ses observations relatives aux deux questions proposées, il n'y a rien à ajouter. Il suffit de dire qu'elles ne satisfont pas aux critères énoncés dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL). Quant au droit se rapportant à la distinction entre poursuites et persécution ainsi qu'à la question de savoir si une loi donnée qui est

of discriminatory enforcement, the law has already been expounded by the Federal Court of Appeal in a number of decisions and need not be revisited in the context of the case at bar. What makes this case somewhat unusual is not so much the legal principles at stake, but the facts on which it turns. As such, the proposed questions are not of the kind that transcends the interests of the immediate parties. For this reason, I decline to certify them.

ORDER

This application for judicial review is allowed. No question of general importance is certified.

à première vue une loi d'application générale est en fait susceptible d'être appliquée de façon discriminatoire, il a déjà été examiné par la Cour d'appel fédérale à de nombreuses reprises et n'a pas à être réexaminé dans le contexte de l'espèce. Ce qui fait quelque peu sortir de l'ordinaire la présente affaire n'a pas tant à voir avec les principes de droit en cause qu'avec les faits sur lesquels elle repose. Par conséquent, les questions proposées ne sont pas de celles qui transcendent les intérêts immédiats des parties. Pour cette raison, je décide de ne pas les certifier.

ORDONNANCE

La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. Aucune question de portée générale n'est certifiée.