

A-276-09
2010 FCA 177

A-276-09
2010 CAF 177

Jeremy Dean Hinzman, Nga Thi Nguyen and Liam Liem Nguyen Hinzman (*Appellants*)

Jeremy Dean Hinzman, Nga Thi Nguyen et Liam Liem Nguyen Hinzman (*appelants*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : HINZMAN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Noël, Dawson and Trudel J.J.A.—Toronto, May 25; Ottawa, July 6, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Dawson et Trudel, J.C.A.—Toronto, 25 mai; Ottawa, 6 juillet 2010.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of immigration officer's decision refusing appellants' permanent residence application on humanitarian, compassionate (H&C) grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 25 — Principal appellant absent without leave from U.S. Army, refusing to participate in war — Officer finding no evidence of unusual or disproportionate hardship if appellant returned to U.S. — Federal Court concluding officer appropriately addressing hardship for judicial, non-judicial punishment — Whether punishment under law of general application for desertion motivated by moral, political, religious objection amounting to unusual hardship — Federal Court erring in not holding that officer failing to consider principal appellant's military objections — Officer never considering key issue of whether principal appellant will be subjected to disproportionate hardship — Considering hardship from point of view of judicial, non-judicial punishment not resolving key issue — Officer, Federal Court thus overlooking H&C factors herein — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanent — Motifs d'ordre humanitaire — Appel à l'encontre de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration a refusé la demande de résidence permanente des appelants fondée sur l'existence de motifs d'ordre humanitaire (la demande CH) en vertu de l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'appellant principal est absent sans permission de l'armée américaine parce qu'il refuse de participer à la guerre — L'agente n'a pas trouvé d'éléments de preuve établissant que l'appelant serait exposé à des difficultés inhabituelles ou excessives s'il était renvoyé aux É.-U. — La Cour fédérale a statué que l'agente avait pris en considération comme il se doit les difficultés liées aux sanctions judiciaires comme aux sanctions non judiciaires — Il s'agissait de savoir si une peine en vertu d'une loi d'application générale pour désertion motivée par une objection morale, politique et/ou religieuse peut donner lieu à des difficultés inhabituelles — La Cour fédérale a commis une erreur en n'estimant pas que l'agente avait omis de tenir compte des objections de l'appelant à servir au sein de l'armée — L'agente ne s'est jamais penchée sur la question essentielle de savoir si l'appellant principal ferait face à des difficultés excessives — En abordant la question des difficultés sous l'angle des sanctions judiciaires et non judiciaires, l'agente n'a pas répondu à la question essentielle — L'agente et la Cour fédérale ont donc omis de tenir compte des facteurs CH en l'espèce — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of an immigration officer's decision refusing the appellants' permanent residence application from within Canada on humanitarian and

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration a refusé la demande de résidence permanente présentée au Canada par

compassionate (H&C) grounds pursuant to section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

The principal appellant, an American soldier, is absent without leave from the U.S. Army because of his beliefs against all participation in war. The officer found that the risk factors did not exist or were not serious enough to grant protection and that the possibility of prosecution under a law of general application was not sufficient evidence that the appellant will face unusual and undeserved or disproportionate hardship. The Federal Court concluded that the officer appropriately addressed hardship for both judicial and non-judicial punishment. It also certified a question involving hardship in an H&C application.

At issue was whether punishment under a law of general application for desertion motivated by moral, political and/or religious objection to a particular war amounts to unusual, undeserved or disproportionate hardship in the context of an application for permanent residence on H&C grounds.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in not holding that the officer had failed to consider the evidence concerning the principal appellant's sincere moral, political and religious objections to military service in Iraq. The officer's analysis was nothing more than a risk assessment that stopped short at the availability of state protection and due process. The officer never considered the key issue of whether the principal appellant will be subjected to disproportionate hardship if returned to the United States, regardless of the existence of a law of general application or state protection and notwithstanding other findings on differential treatment and due process. Considering hardship from the point of view of judicial and non-judicial punishment failed to resolve the key issue. As a result, the officer and the Federal Court overlooked an entire and central H&C factor raised by the appellants. The officer had the duty to look at all of the appellants' personal circumstances before determining if there were sufficient reasons to make a positive H&C decision but did not do so. Had the Federal Court addressed the appellants' ground of complaint, it would have found that the officer's H&C decision was significantly flawed and therefore unreasonable.

les appelants et fondée sur l'existence de motifs d'ordre humanitaire (la demande CH) en vertu de l'article 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

L'appelant principal, un soldat américain, est absent sans permission de l'armée américaine parce qu'il s'oppose à toute participation à la guerre. L'agente a conclu que les facteurs de risque n'existaient pas ou n'étaient pas suffisamment graves pour justifier d'accorder une protection et que le fait que l'appelant pourrait faire l'objet de poursuites en vertu d'une loi d'application générale ne constituait pas une preuve suffisante qu'il sera exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. La Cour fédérale a statué que l'agente avait pris en considération comme il se doit les difficultés liées aux sanctions judiciaires comme aux sanctions non judiciaires. Elle a aussi certifié une question quant aux difficultés dans le contexte d'une demande CH.

Il s'agissait de savoir si une peine en vertu d'une loi d'application générale pour désertion motivée par une objection morale, politique et/ou religieuse à une guerre peut donner lieu à des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives dans le cadre d'une demande de résidence permanente pour motifs d'ordre humanitaire.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur en n'estimant pas que l'agente avait omis de tenir compte des objections morales, politiques et religieuses sincères de l'appelant à servir au sein de l'armée en Iraq. L'analyse de l'agente n'était rien de plus qu'une évaluation des risques, qui s'arrêtait à l'appréciation de la protection offerte par l'État et de la possibilité de bénéficier des garanties d'une procédure régulière. L'agente ne s'est jamais penchée sur la question essentielle de savoir si l'appelant principal ferait face à des difficultés excessives s'il retournait aux États-Unis indépendamment de l'existence d'une loi d'application générale et de la protection de l'État et malgré les autres conclusions tirées par l'agente sur la différence de traitement et les garanties d'une procédure régulière. En abordant la question des difficultés sous l'angle des sanctions judiciaires et non judiciaires, l'agente n'a pas répondu à la question essentielle. Par conséquent, l'agente et la Cour fédérale ont complètement omis de tenir compte d'un facteur CH crucial qui avait été soulevé par les appelants. L'agente devait tenir compte de l'ensemble de la situation des appelants avant de décider s'il existait des raisons suffisantes pour rendre une décision CH favorable, mais elle ne l'a pas fait. Si la Cour fédérale avait examiné ce que les appelants reprochaient à l'agente, elle aurait conclu que la décision CH était entachée de graves irrégularités et qu'elle était donc déraisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1) (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117), 74(d).
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §§ 885, 886, 887 (2006).

CASES CITED

APPLIED:

Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365; *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540, (1993), 20 Imm. L.R. (2d) 1, 155 N.R. 311 (C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159.

REFERRED TO:

Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FCA 171, 282 D.L.R. (4th) 413, 61 Admin. L.R. (4th) 313, 63 Imm. L.R. (3d) 13, leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] 3 S.C.R. x; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675, 68 Admin. L.R. (4th) 225, 370 N.R. 344; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294, 310 D.L.R. (4th) 591, 75 Imm. L.R. (3d) 1.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing Manual (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/ip/ip05-eng.pdf>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 415, 98 Admin. L.R. (4th) 1, 348 F.T.R. 98) dismissing

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117), 74d).
Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. §§ 885, 886, 887 (2006).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS CITÉES :

Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 171, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] 3 R.C.S. x; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 385; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/ip/ip05-fra.pdf>>.

APPEL à l'encontre de la décision (2009 CF 415) de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire

an application for judicial review of an immigration officer's decision refusing the appellants' permanent residence application from within Canada on humanitarian and compassionate grounds pursuant to section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES

Alyssa Manning for appellants.
Stephen H. Gold for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

TRUDEL J.A.:

Introduction

[1] Mr. Hinzman is an American soldier who holds strong moral and religious beliefs against "all participation in war" (Hinzman's affidavit, appeal book, Volume 1, page 143, at paragraphs 18 and 44). He left the United States upon learning that his unit would be deployed to Iraq and has been absent without leave (AWOL) from the United States Army since his arrival in Canada on 3 January 2004. He was accompanied by his wife Ms. Nguyen and their son Liam, also United States citizens (together the appellants).

[2] The appellants unsuccessfully claimed refugee status, asserting that they had a well-founded fear of persecution in the United States, based upon Mr. Hinzman's political opinion (see: *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 171, leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [2007] 3 S.C.R. x).

[3] Then, the appellants filed a pre-removal risk assessment (PRRA) application and an application for

de la décision par laquelle une agente d'immigration avait refusé la demande de résidence permanente présentée au Canada par les appelants et fondée sur l'existence de motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Alyssa Manning pour les appelants.
Stephen H. Gold pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

VanderVennen Lehrer, Toronto, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

Introduction

[1] M. Hinzman est un soldat américain qui s'oppose, en raison de ses profondes convictions morales et religieuses, à [TRADUCTION] « toute participation à la guerre » (affidavit de M. Hinzman, dossier d'appel, volume 1, page 143, aux paragraphes 18 et 44). Il a quitté les États-Unis après avoir appris que son unité serait déployée en Iraq, et il est absent sans permission de l'armée américaine depuis son arrivée au Canada, le 3 janvier 2004. Il était accompagné de son épouse, M^{me} Nguyen, et de leur fils Liam, qui sont également des citoyens des États-Unis (les appelants).

[2] Les appelants ont présenté sans succès une demande d'asile dans laquelle ils affirmaient qu'ils craignaient avec raison d'être persécutés aux États-Unis du fait des opinions politiques de M. Hinzman (*Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 171, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [2007] 3 R.C.S. x).

[3] Les appelants ont alors présenté, du Canada, une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR)

permanent residence from within Canada under section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) on humanitarian and compassionate (H&C) grounds. Subsection 25(1) [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] provides:

Humanitarian and compassionate considerations

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative or on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

[4] PRRA officer S. Parr (the officer or H&C officer) issued negative decisions in both applications, respectively on 25 and 22 July 2008. The appellants did not pursue judicial review of the negative decision in their PRRA application. They were granted a stay of removal pending the disposition of their application for leave and for judicial review of their H&C application.

[5] This appeal arises from a judgment by Russell J. (the applications Judge) of the Federal Court, issued on 2 June 2009 (docket: IMM-3813-08) following the release of reasons on 24 April 2009 (reasons) (2009 FC 415, 98 Admin L.R. (4th) 1). The applications Judge dismissed the application for judicial review of the officer's H&C decision refusing the appellants' application for permanent residence from within Canada.

The certified question

[6] This appeal comes to our Court by way of paragraph 74(d) of the Act because the applications Judge, in rendering judgment, certified that a serious question

et une demande de résidence permanente en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), fondée sur l'existence de circonstances d'ordre humanitaire (la demande CH). Le paragraphe 25(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] dispose :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative ou sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient.

Séjour pour motif d'ordre humanitaire

[4] L'agente d'ERAR S. Parr (l'agente ou l'agente CH) a rendu une décision défavorable pour chacune des demandes, respectivement le 25 et le 22 juillet 2008. Les appelants n'ont pas demandé le contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue en réponse à leur demande d'ERAR, mais ils ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire relativement à leur demande CH. Ils ont obtenu un sursis à leur renvoi jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à ce sujet.

[5] Le présent appel vise le jugement, en date du 2 juin 2009, du juge Russell (le juge de première instance) de la Cour fédérale dans le dossier IMM-3813-08, lequel faisait suite aux motifs rendus le 24 avril 2009 (les motifs) (2009 CF 415). Le juge de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision CH par laquelle l'agente avait refusé la demande de résidence permanente présentée au Canada par les appelants.

La question certifiée

[6] Notre Cour est saisie du présent appel en vertu de l'alinéa 74d) de la Loi parce qu'en rendant son jugement, le juge de première instance a certifié que l'affaire

of general importance, that is one which would be dispositive of the appeal, was involved:

Can punishment under a law of general application for desertion, when the desertion was motivated by a sincere and deeply held moral, political and/or religious objection to a particular war, amount to unusual, undeserved or disproportionate hardship in the context of an application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds?

[7] The appellants invite this Court to give a favourable answer to the certified question and to find that the H&C officer failed to have regard to Mr. Hinzman's personal circumstances, including his sincerely held moral, political and religious objections to service with the United States Army in Iraq (appellants' memorandum, at paragraph 60).

[8] The respondent argued that the certified question is not dispositive of the appeal because the H&C officer did not, in her reasons, preclude the possibility that punishment under a law of general application could warrant H&C relief under subsection 25(1) of the Act. The H&C officer, upon a careful analysis of the facts, simply found no hardship in this case. The respondent submitted that the appeal should be dismissed on this basis. In any event, the respondent adds that the H&C officer considered all relevant factors, including Mr. Hinzman's motivations.

[9] We indicated in open Court that the question whether the appeal should be dismissed on the basis that the question was deficient would be decided after hearing all the arguments raised on appeal.

[10] It is trite law that the absence of a serious question that is dispositive of the appeal means that the "pre-condition to the right of appeal has not been met" (*Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraph 43).

soulevait une question grave de portée générale, c'est-à-dire une question susceptible de permettre de trancher l'appel :

Une peine en vertu d'une loi d'application générale pour désertion peut-elle, quand celle-ci a été motivée par une sincère et profonde objection morale, politique et/ou religieuse à une guerre, donner lieu à des difficultés inhabituelles, injustifiées, ou excessives dans le cadre d'une demande de résidence permanente pour motifs d'ordre humanitaire?

[7] Les appelants invitent la Cour à donner une réponse favorable à la question certifiée et à conclure que l'agente CH n'a pas tenu compte de la situation personnelle de M. Hinzman, en ne tenant notamment pas compte de ses objections morales, politiques et religieuses sincères à son service au sein de l'armée américaine en Iraq (mémoire des appelants, au paragraphe 60).

[8] L'intimé soutient que la question certifiée ne permet pas de trancher l'appel parce que, dans ses motifs, l'agente CH n'a pas écarté la possibilité qu'une peine infligée en vertu d'une loi d'application générale justifie la prise d'une mesure spéciale pour des raisons d'ordre humanitaire au sens du paragraphe 25(1) de la Loi. Après avoir analysé attentivement les faits, l'agente CH n'a tout simplement constaté l'existence d'aucune difficulté dans le cas qui nous occupe. L'intimé soutient que l'appel devrait être rejeté pour cette raison. En tout état de cause, l'intimé ajoute que l'agente CH a tenu compte de tous les facteurs pertinents, y compris des motivations de M. Hinzman.

[9] Nous avons expliqué, lors de l'audience publique, que la question de savoir si l'appel devait être rejeté au motif que la question comportait certaines lacunes ne serait tranchée qu'après avoir entendu tous les arguments invoqués en appel.

[10] Il est bien établi en droit que l'affaire doit soulever une question grave qui permet de trancher l'appel, à défaut de quoi « la condition préalable à l'existence d'un droit d'appel n'est pas remplie » (*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, au paragraphe 43).

[11] In the same vein, our Court has held that (*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167 (*Zazai*), at paragraph 12):

The corollary of the fact that a [certified] question must be dispositive of the appeal is that it must be a question which has been raised and dealt with in the decision below. Otherwise, the certified question is nothing more than a reference of a question to the Court of Appeal. If a question arises on the facts of a case before an applications judge, it is the judge's duty to deal with it. If it does not arise, or if the judge decides that it need not be dealt with, it is not an appropriate question for certification. [Emphasis added.]

[12] At the same time, once a question has been properly certified, the Federal Court of Appeal may consider all aspects of the appeal (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817).

[13] In this matter, the certified question clearly arose on the facts of the case and its subject-matter was a live issue between the parties.

[14] Throughout the proceedings, the appellants submitted that Mr. Hinzman risked facing unusual, undeserved and disproportionate hardship if returned to the United States. It was argued that if Mr. Hinzman were subjected to a court-martial proceeding and charged with being AWOL or desertion, that he would receive a more severe punishment than other deserters because of his political opinion regarding the war in Iraq and his choice to speak out publicly about it.

[15] Also, the appellants argued that any additional incarceration that Mr. Hinzman receives, because of his political opinion, be it even one additional day, constitutes the application of a law of general application in a persecutory manner, regardless of any due process or state protection available to him (see counsel's submissions on the PRRA and H&C applications, appeal book, Volume 1, at pages 307 and 139). International human rights organizations would consider him a prisoner of conscience if returned to the United States and imprisoned for his desertion.

[11] Dans le même ordre d'idées, notre Cour a jugé que (*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89 (*Zazai*), au paragraphe 12) :

Le corollaire de la proposition selon laquelle une question [certifiée] doit permettre de régler l'appel est qu'il doit s'agir d'une question qui a été soulevée et qui a été examinée dans la décision d'instance inférieure. Autrement, la certification de la question constitue en fait un renvoi à la Cour [d'appel] fédérale. Si une question se pose eu égard aux faits d'une affaire dont un juge qui a entendu la demande est saisi, il incombe au juge de l'examiner. Si la question ne se pose pas, ou si le juge décide qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question, il ne s'agit pas d'une question qu'il convient de certifier. [Non souligné dans l'original.]

[12] Par ailleurs, dès lors qu'une question a été régulièrement certifiée, la Cour d'appel fédérale peut examiner tous les aspects de l'appel (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817).

[13] Dans le cas qui nous occupe, la question certifiée découle manifestement des faits de l'espèce et elle porte sur un litige actuel entre les parties.

[14] Tout au long de l'instance, les appelants ont répété que M. Hinzman risquait de faire face à des difficultés inhabituelles, injustifiées et excessives s'il retournait aux États-Unis. Ils ont fait valoir que, s'il était traduit devant une cour martiale et accusé d'absence sans permission ou de désertion, M. Hinzman se verrait infliger une peine plus sévère que d'autres déserteurs du fait de ses opinions politiques au sujet de la guerre en Iraq et de son choix de prendre publiquement la parole à ce sujet.

[15] Les appelants soutenaient également que toute peine supplémentaire d'incarcération qui serait infligée à M. Hinzman en raison de ses opinions politiques constituerait, même s'il ne s'agissait que d'un seul jour de prison de plus, l'application d'une loi d'application générale d'une manière qui équivaut à de la persécution, et ce, indépendamment des garanties d'une procédure régulière et de la protection de l'État dont il pourrait bénéficier (voir les arguments de l'avocat au sujet de la demande d'ERAR et de la demande CH, dossier d'appel, volume 1, aux pages 307 et 139). Les organisations

[16] Nonetheless, the applications Judge neither attempted to, nor dealt with these arguments leaving this Court to address them in first instance by way of the certified question.

[17] In *Zazai*, cited above, the certified question was also not dealt with by the applications Judge. Our Court found that the parties would be best served by having the matter addressed at first instance in the Federal Court and therefore returned the file for redetermination on that basis.

[18] I would be inclined to do the same in this case were it not for the fact that regardless of the answer to the question, I have found that the applications Judge committed an independent error in not holding that the H&C officer had failed “to have regard to the evidence concerning [Mr. Hinzman’s] sincere moral, political and religious objections to service with the U.S. Military in Irak” (appellants’ memorandum of facts and law, at paragraph 12).

[19] As I agree with the appellants and conclude that the applications Judge erred in finding that the H&C officer committed no error and that she went beyond risk to consider hardship in the context of the appellants’ H&C application (reasons, at paragraph 79) I propose to allow this appeal and to return the matter for redetermination by a different officer.

Analysis

The PRRA decision

[20] The H&C officer was also the decision maker for the appellants’ PRRA application, which she dismissed

internationales de défense des droits de la personne le considéreraient comme un prisonnier d’opinion s’il était renvoyé aux États-Unis et y était emprisonné pour désertion.

[16] Quoi qu’il en soit, le juge de première instance n’a pas tenté d’examiner ces arguments et il ne les a pas abordés, laissant à notre Cour le soin de les étudier pour la première fois sous forme de question certifiée.

[17] Dans l’affaire *Zazai*, précitée, la question certifiée n’avait également pas été examinée par le juge qui avait entendu la demande. Notre Cour a jugé que les parties seraient mieux servies si la question était examinée en premier lieu par la Cour fédérale, et elle a par conséquent décidé de renvoyer l’affaire pour qu’un juge de la Cour fédérale rende une décision sur ce fondement.

[18] J’aurais été portée à faire de même en l’espèce, n’eût été le fait que, peu importe la réponse qui est donnée à la question, je suis arrivée à la conclusion que le juge de première instance a par ailleurs commis une erreur en n’estimant pas que l’agente CH avait omis de [TRADUCTION] « tenir compte des objections morales, politiques et religieuses sincères [de M. Hinzman] à servir au sein de l’armée américaine en Irak » (mémoire des faits et du droit des appelants, au paragraphe 12).

[19] Comme je suis d’accord avec les appelants pour dire que le juge de première instance a erronément estimé que l’agente CH n’avait pas commis d’erreur et qu’elle n’avait pas limité son examen à la question du risque, mais avait tenu compte des difficultés mentionnées par les appelants dans leur demande CH (motifs, au paragraphe 79), je me propose de faire droit au présent appel et de renvoyer l’affaire à un autre agent pour qu’il rende une nouvelle décision.

Analyse

La décision d’ERAR

[20] L’agente CH est également la personne qui a rendu la décision portant sur la demande d’ERAR des

because she was not satisfied that the risk factors alleged existed or were serious enough to grant protection (PRRA decision, appeal book, Volume 3, at pages 931–952).

[21] Before dismissing the PRRA application, the officer analysed the evidence adduced by the appellants in light of “common considerations applicable to both sections 96 (Convention Refugee) and 97 (person in need of protection) of [the Act]: Law of General Application; and State Protection” (PRRA decision, at page 940).

[22] As far as the law of general application was concerned, the officer looked, in particular, at the *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ, 64 Stat. 108, 10 U.S.C. Chapter 47) and its punitive articles relating to desertion and AWOL (articles 85–87 [§§ 885, 886, 887]) and ultimately found (PRRA decision, above, at page 943):

... that the possibility of prosecution under a law of general application is not, in and of itself, sufficient evidence that an applicant has a well-founded fear of persecution. The PRRA application is not an avenue to circumvent lawful and legitimate prosecutions commenced by a democratic country.

[23] Regarding state protection, the officer, while affording some weight to Amnesty International’s statement that Mr. Hinzman, if removed and imprisoned, would be considered a prisoner of conscience, concluded (PRRA decision, at page 948):

... based on my analysis of the available state protection for the principal applicant in the military justice system, I do not find ... convincing evidence that the United States is unable or unwilling to provide protection to [Mr. Hinzman].

[24] The appellants did not seek leave to apply for judicial review of the PRRA decision and therefore its merits are not before our Court. However, these findings read in the context of the PRRA decision are important

demandeurs, qu’elle a rejetée parce qu’elle n’était pas convaincue que les facteurs de risque allégués existaient ou étaient suffisamment graves pour justifier d’accorder une protection (décision d’ERAR, dossier d’appel, volume 3, aux pages 931 à 952).

[21] Avant de rejeter la demande d’ERAR, l’agente a analysé la preuve présentée par les appelants à la lumière de [TRADUCTION] « facteurs communs qui valent tant dans le cas de l’article 96 (demande d’asile) que dans celui de l’article 97 (personnes à protéger) de [la Loi] : les lois d’application générale et la protection de l’État » (décision d’ERAR, à la page 940).

[22] En ce qui concerne les lois d’application générale, l’agente a notamment tenu compte du *Uniform Code of Military Justice* (64 Stat. 108, 10 U.S.C. chapitre 47) et des sanctions qu’il prévoit en cas de désertion et d’absence sans permission (articles 85 à 87 [§§ 885, 886, 887]) pour finalement conclure (décision d’ERAR, précitée, à la page 943) :

[TRADUCTION] [...] que le fait que le demandeur pourrait faire l’objet de poursuites en vertu d’une loi d’application générale n’est pas, en soi, une preuve suffisante qu’il craint avec raison d’être persécuté. Une demande CH n’est pas un moyen de se soustraire à des poursuites légales et légitimes intentées dans un pays démocratique.

[23] S’agissant de la protection de l’État, tout en accordant un certain poids à l’affirmation d’Amnesty International suivant laquelle s’il était renvoyé et emprisonné, M. Hinzman serait considéré comme un prisonnier d’opinion, l’agente a conclu (décision d’ERAR, à la page 948) :

[TRADUCTION] [...] compte tenu de mon analyse de la protection de l’État sur laquelle le demandeur principal peut compter dans le système de justice militaire, je conclus que [...] il n’existe pas d’éléments de preuve convaincants que les États-Unis ne peuvent ni ne veulent assurer la protection [de M. Hinzman].

[24] Les appelants n’ont pas cherché à obtenir l’autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision d’ERAR et notre Cour n’est donc pas appelée à se prononcer sur le bien-fondé de cette décision. Toutefois, ces

as they are repeated in and constitute the basis of the H&C decision (H&C decision, appeal book, Volume 1, Tab 4, at page 59).

The H&C decision

[25] There lies the difficulty with the officer's H&C decision. While dealing with the PRRA application, the officer had to (a) give consideration to any of the appellants' (then failed refugees) new, credible, relevant and material evidence of facts that might have affected the outcome of their refugee claim hearing if this evidence had been presented, and (b) assess the risk against the country of removal (*Raza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385).

[26] However, when dealing with the appellants' H&C application, the H&C officer needed to have regard to public policy considerations and humanitarian grounds, including family-related interests (*Baker*, above, at paragraphs 14–17 and 75; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294, at paragraphs 46 and 48–49).

[27] In my view, the appellants are right when they state that “the Officer's analysis is really nothing more than a risk assessment which stops short at the availability of state protection and due process” (appellants' memorandum, at paragraph 69).

[28] At the outset of her reasons, the officer declares that “the appellants' H&C application has been assessed on the basis of unusual and undeserved, or disproportionate hardship” (H&C decision). It is common ground that this is the appropriate test.

[29] She then reasserts her previous findings made in the PRRA decision regarding the law of general application and state protection. She writes (H&C decision, at

conclusions tirées dans le contexte de la décision d'ERAR sont importantes puisque l'agente les reprend dans sa décision CH et qu'elles constituent le fondement de cette dernière décision (décision CH, dossier d'appel, volume 1, onglet 4, à la page 59).

La décision CH

[25] C'est en cela que la décision CH de l'agente pose problème. Pour statuer sur la demande d'ERAR, l'agente devait : a) tenir compte de tout nouvel élément de preuve crédible, pertinent et substantiel des appelants (alors demandeurs d'asile déboutés) qui aurait pu influencer sur l'issue de leur demande d'asile si cet élément de preuve avait été présenté, et b) évaluer le risque en fonction du pays où les appelants seraient renvoyés (*Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 385).

[26] Toutefois, lors de son examen de la demande CH des appelants, l'agente CH devait aussi tenir compte des circonstances d'ordre humanitaire ainsi que de l'intérêt public, et notamment des intérêts relatifs à la famille (*Baker*, précité, aux paragraphes 14 à 17 et 75; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294, aux paragraphes 46, 48 et 49).

[27] À mon avis, les appelants ont raison lorsqu'ils affirment que [TRADUCTION] « l'analyse de l'agente n'est en fait rien de plus qu'une évaluation des risques, qui s'arrête à l'appréciation de la protection offerte par l'État et de la possibilité de bénéficier des garanties d'une procédure régulière » (mémoire des appelants, au paragraphe 69).

[28] Au début de ses motifs, l'agente déclare qu'elle a examiné la demande CH des appelants [TRADUCTION] « suivant le critère des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives » (décision CH). Il est acquis aux débats qu'il s'agit du critère applicable.

[29] L'agente réaffirme ensuite les conclusions qu'elle avait déjà tirées dans la décision d'ERAR au sujet des lois d'application générale et de la protection de l'État.

pages 62–63; see also applications Judge’s reasons, at paragraph 73):

It is important to note that the possibility of prosecution for a law of general application is not, in and of itself, sufficient evidence that an applicant will face unusual and undeserved, or disproportionate hardship. The H&C application is not an avenue to circumvent lawful and legitimate prosecutions commenced by a democratic country.

[30] However, she never turns her mind to the thrust of the H&C application: will Mr. Hinzman be subjected to disproportionate hardship if returned to the United States, regardless of the existence of a law of general application or state protection and notwithstanding other findings on differential treatment and due process (the key issue)? (See counsel’s submissions in the H&C application, appeal book, Volume 1, at page 125 and following.)

The Federal Court decision

[31] The officer’s failure to address Mr. Hinzman’s motivations was a formal ground of complaint by the appellants. See paragraph 57 of the applications Judge’s reasons:

The Applicants also submit that the Officer failed to address the motivations of the Principal Applicant in coming to Canada or the fact that he would be a prisoner of conscience if returned to the U.S. and incarcerated upon returning to the U.S.

[32] Yet, the applications Judge provides no further comments on the alleged error or key issue except implicitly, as counsel for the respondent contends, citing paragraphs 76 and 77 of the reasons where the applications Judge expresses his view that it cannot “be said that the Officer’s analysis stops at risk assessment and the availability of state protection and due process.”

Elle écrit (décision CH, aux pages 62 et 63; voir également les motifs du juge de première instance, au paragraphe 73) :

[TRADUCTION] Il importe de signaler que le fait que le demandeur pourrait faire l’objet de poursuites en vertu d’une loi d’application générale n’est pas, en soi, une preuve suffisante qu’il sera exposé à des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. Une demande CH n’est pas un moyen de se soustraire à des poursuites légales et légitimes intentées dans un pays démocratique.

[30] L’agente ne s’est jamais penchée sur la question essentielle soulevée par la demande CH, celle de savoir si M. Hinzman ferait face à des difficultés excessives s’il retournerait aux États-Unis indépendamment de l’existence d’une loi d’application générale et de la protection de l’État et malgré les autres conclusions tirées par l’agente sur la différence de traitement et les garanties d’une procédure régulière (la question essentielle) (voir les arguments formulés par l’avocat au soutien de la demande CH, dossier d’appel, volume 1, aux pages 125 et suivantes).

La décision de la Cour fédérale

[31] Les appelants faisaient formellement grief à l’agente de ne pas avoir tenu compte des motivations de M. Hinzman. Au paragraphe 57 de ses motifs, le juge de première instance explique :

Les demandeurs font en outre valoir que l’agente a omis de prendre en considération les motifs pour lesquels le demandeur principal est venu au Canada, et le fait qu’il serait un prisonnier de conscience s’il était renvoyé aux États-Unis et y était incarcéré à son retour.

[32] Or, le juge de première instance ne formule aucun autre commentaire au sujet de l’erreur reprochée à l’agente ou de la question essentielle sauf de façon indirecte, comme l’affirme l’avocat de l’intimé, citant les paragraphes 76 et 77 de ces motifs où le juge de première instance se dit d’avis qu’« on ne peut affirmer [...] que l’analyse de l’agente s’arrête à l’évaluation des risques et à la possibilité de bénéficier de la protection de l’État et des garanties d’une procédure régulière ».

[33] Paragraphs 76 and 77 of the applications Judge's reasons read as follows:

When read in the context of the whole Decision it is clear to me that the Officer considers hardship from two perspectives:

1. She looks at the prosecutorial and military processes that the Principal Applicant will face and concludes that they cannot be considered unusual, undeserved or disproportionate hardship because the United States is merely applying laws of general application and the Principal Applicant will be able to avail himself of due process. Lawful and legitimate prosecution cannot, *per se*, be unusual, undeserved or disproportionate hardship; and
2. She considers and concludes that accessing due process and state protection will not be a hardship.

In other words, I do not think it can be said that the Officer's analysis stops at risk assessment and the availability of state protection and due process.

[34] Then, the applications Judge, at paragraph 81 of his reasons, goes on, finding that the officer:

... comes to the conclusion that the hardships attached to laws of general application in a democratic state cannot be considered as unusual and undeserved or disproportionate under Canadian law. She appropriately addresses hardship for both judicial and non-judicial punishment. I have no authority before me to suggest that she was wrong or unreasonable in these conclusions.

[35] Considering hardship from the point of view of judicial and non-judicial punishment failed to resolve the key issue. The result of that failure is that an entire and central H&C factor raised by the appellants in their application was overlooked by the officer as well as by the applications Judge.

[36] The beliefs and motivations of Mr. Hinzman were of important significance to the ultimate decision, given the context of an H&C application. The appellants had

[33] Le juge de première instance écrit, aux paragraphes 76 et 77 de ses motifs :

Il me paraît évident, dans le contexte de l'ensemble de sa décision, que l'agente examine la question des difficultés de deux points de vue :

1. Elle examine les poursuites et autres procédures militaires dont le demandeur principal fera l'objet et conclut qu'elles ne peuvent être considérées comme des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives, aux motifs qu'elles résultent simplement de lois d'application générale et que le demandeur principal pourra bénéficier des garanties d'une procédure régulière. Les poursuites légales et légitimes ne peuvent, en soi, être considérées comme des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives.
2. Elle estime et conclut que le recours à une procédure régulière et à la protection de l'État ne constituera pas une difficulté indue.

Autrement dit, on ne peut affirmer à mon sens que l'analyse de l'agente s'arrête à l'évaluation des risques et à la possibilité de bénéficier de la protection de l'État et des garanties d'une procédure régulière.

[34] Au paragraphe 81 de ses motifs, le juge de première instance poursuit en concluant que l'agente :

[...] arrive à la conclusion que les difficultés liées aux lois d'application générale d'un État démocratique ne peuvent être considérées comme inhabituelles et injustifiées ou excessives en droit canadien. Elle prend en considération possible il se doit les difficultés liées aux sanctions judiciaires comme aux sanctions non judiciaires. Il ne m'a été présenté aucun précédent qui donnerait à penser que ces conclusions soient erronées ou déraisonnables.

[35] En abordant la question des difficultés sous l'angle des sanctions judiciaires et non judiciaires, l'agente n'a pas répondu à la question essentielle. Il s'ensuit que l'agente et le juge de première instance ont tous les deux complètement omis de tenir compte d'un facteur CH crucial qui avait été soulevé par les appelants dans leur demande.

[36] Les convictions et les motivations de M. Hinzman étaient des éléments cruciaux pour la décision finale, vu le contexte des demandes CH. Les appelants avaient

also provided some evidence that the right to conscientious objection “is an emerging part of international human rights law” (*Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.), at page 553). The officer had given some weight in her PRRA decision to the views of Amnesty International. Still, there is no assessment of these factors in her H&C decision.

[37] The Minister’s policy and judicial guidelines for processing applications to remain in Canada based on H&C grounds clearly provide that when assessing a request, officers “must . . . indicate that all factors have been analysed and explain the weight given to each of these factors and why” before conducting “a balancing exercise between the positive H&C factors identified and the facts that weigh against granting an exemption” (*Inland Processing Manual (IP)*, Chapter IP5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds, Appendix B).

[38] I adopt the reasoning of my colleague Evans J., then a Judge of the Federal Court, Trial Division (*Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35, at paragraph 17), that:

... the more important the evidence that is not mentioned specifically and analyzed in the . . . reasons, the more willing a court may be to infer from the silence that the agency made an erroneous finding of fact “without regard to the evidence”...

Conclusion

[39] My conclusion should not be seen as altering the discretion of officers making decisions on section 25 applications, nor as giving the appellants a “right to a particular outcome or to the application of a particular legal test” (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship*

par ailleurs soumis certains éléments de preuve visant à démontrer que le droit à l’objection de conscience « est une partie naissante du droit international des droits de l’homme » (*Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.), à la page 553). L’agente avait accordé une certaine importance, dans sa décision d’ERAR, à l’opinion d’Amnesty International. Force est toutefois de constater qu’elle n’a pas examiné ces facteurs dans sa décision CH.

[37] Les politiques et lignes de conduite judiciaires élaborées par le ministre en ce qui concerne le traitement des demandes visant à obtenir la permission de demeurer au Canada pour des raisons d’ordre humanitaire prévoient clairement que, lorsqu’ils examinent une demande, les agents doivent « indiquer que tous les facteurs ont été analysés et justifier le poids attribué à chacun » avant de procéder à « une évaluation comparée des considérations d’ordre humanitaire jugées favorables et des faits qui jouent contre l’octroi d’une dispense » (*Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)*, chapitre IP5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire, appendice B).

[38] Je souscris au raisonnement suivant exposé par mon collègue le juge Evans, alors qu’il était juge à la Cour fédérale, Section de première instance (*Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 8667, au paragraphe 17) :

Toutefois, plus la preuve qui n’a pas été mentionnée expressément ni analysée dans les motifs de l’organisme est importante, et plus une cour de justice sera disposée à inférer de ce silence que l’organisme a tiré une conclusion de fait erronée « sans tenir compte des éléments dont il [disposait] » [...]

Conclusion

[39] Ma conclusion ne devrait pas être perçue comme modifiant le pouvoir discrétionnaire conféré aux agents chargés de statuer sur les demandes fondées sur l’article 25, ou comme donnant aux appelants un « droit à un résultat précis ou à l’application d’un critère juridique

and Immigration), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 [at paragraph 27]).

[40] However, the H&C officer had the duty to look at all of the appellants' personal circumstances, including Mr. Hinzman's beliefs and motivations, before determining if there were sufficient reasons to make a positive H&C decision (*Inland Processing Manual (IP)*, Chapter IP 5, section 11.3). She did not. Had the applications Judge addressed the appellants' ground of complaint, as stated at paragraph 57 of his reasons, I am convinced that he would have concluded as I do and found that the H&C decision was significantly flawed and therefore unreasonable.

[41] Consequently, I propose to allow the appeal and, rendering the judgment that the Federal Court ought to have rendered, I would set aside the decision of the officer denying the appellants' H&C application and I would refer the application back for redetermination by a different officer in accordance with these reasons.

NOËL J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

particulier » (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 [au paragraphe 27]).

[40] Il n'en demeure pas moins que l'agente CH devait tenir compte de l'ensemble de la situation des appelants, et notamment des convictions et motivations de M. Hinzman, avant de décider s'il existait des raisons suffisantes pour rendre une décision CH favorable (*Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)*, chapitre IP 5, section 11.3). Or, elle ne l'a pas fait. Je suis convaincue que s'il avait examiné ce que les appelants reprochaient à l'agente, à savoir ce qu'il a exposé au paragraphe 57 de ses motifs, le juge de première instance serait arrivé à la même conclusion que moi et aurait conclu que la décision CH était entachée de graves irrégularités et qu'elle était par conséquent déraisonnable.

[41] En conséquence, je suis d'avis de faire droit à l'appel et, rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, j'annulerais la décision par laquelle l'agente a refusé la demande CH des appelants et je renverrais l'affaire à un autre agent pour qu'il rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.