

The United States of America *Appellant*;

and

Raymond George Shephard *Respondent*.

1976: May 17 and 18; 1976: May 5.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Extradition — Affidavit of co-conspirator — Sufficiency of evidence — Application of rules of criminal law in the extradition judge's exercise of discretion — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 10(1), 13, 18 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 475(1).

Appellant requested that a warrant be issued under the *Extradition Act* for the apprehension of respondent in respect of extradition crimes committed in the United States and Canada in violation of the narcotic drug laws of the United States. The only evidence produced consisted of the affidavit of one Herrmann, a co-conspirator. Hugessen J., sitting as an extradition judge, refused the extradition: according to him, he had to apply the test to the effect that the judge can and should intervene to "withdraw the case from the hands of the jurors" when the evidence is "so manifestly unreliable". The Federal Court of Appeal dismissed an application made pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* for the review of this decision. Hence the appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.: It was admitted that under s. 18 of the *Extradition Act* the trial judge properly relied on the test which is applied in jury trials when there is a motion to obtain a directed verdict. When the evidence is direct and inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person, it is not the judge but the jury which is seized with the duty to weigh the evidence for the purpose of determining whether or not it is credible. If the function of an extradition judge is equivalent to that of a judge in a similar case, it follows that credibility is not within his sphere. In the present case, there was overwhelming evidence in the Herrmann affidavit to support the charge of conspiracy.

Per Laskin C.J. and Spence, Judson and Beetz JJ., dissenting: An extradition judge is in the same situation

Les États-Unis d'Amérique *Appelant*;

et

Raymond George Shephard *Intimé*.

1976: les 17 et 18 mai; 1976: le 5 mai

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Extradition — Affidavit d'un complice — Suffisance de la preuve — Application des règles du droit criminel dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'extradition — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E21, art. 10(1), 13, 18 — Code criminel S.C.R. 1970, c. C34, art. 475(1).

L'appelant a demandé que soit lancé un mandat, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, pour l'arrestation de l'intimé en raison de crimes commis aux États-unis en violation des lois américaines sur les stupéfiants. La seule preuve soumise a consisté en un affidavit d'un certain Herrmann, un complice. Le juge Hugessen, en qualité de juge d'extradition, a refusé l'extradition: selon lui, il se devait d'appliquer le critère selon lequel le juge peut et doit intervenir pour «dessaisir le jury» lorsque la preuve est «manifestement si peu digne de foi». La Cour d'appel fédérale a rejeté une demande d'examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* de cette décision. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson, et Beetz étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, et de Grandpré: Il est admis qu'en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition* le juge de première instance était justifié de se fonder sur le critère que l'on applique au procès devant jury, lors d'une requête visant à obtenir un verdict imposé. Lorsque la preuve est directe et incompatible avec toute autre conclusion logique que la perpétration de l'infraction par l'intimé, il n'incombe pas au juge d'évaluer la preuve pour en déterminer la crédibilité mais au jury. Si la fonction du juge d'extradition est la même que celle du juge en pareil cas, il s'ensuit que la crédibilité n'est pas de son ressort. En l'espèce l'affidavit de Herrmann suffisait à étayer une présomption de l'accusation de complot.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Judson et Beetz, *dissidents*: Le juge d'extradition est dans la

as a judge who must decide whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly charged, could bring in a verdict of guilty. His discretion is not confined only to those cases where the evidence is wholly circumstantial: his discretion extends to consideration of whether the evidence is of such a dubious nature as to be dangerous. In the present case, it is so because it was given by a witness who was acting in hope of a reward.

There is cast upon the extradition judge an extra burden of caution, since his decision might have the effect of putting the accused under the jurisdiction of the courts of another country. Even the procedures by which the evidence on which the application was based may not be revealed to the extradition judge.

[*R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Gaudet*, [1971] 2 C.C.C. 418; *R. v. Pearce* (1963), 40 C.R. 75; *R. v. Sawrenko*, [1971] 4 C.C.C. (2d) 338; *Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56, distinguished; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *Re Lattimer* (1906), 10 C.C.C. 244; *Girvin v. The King* (1911), 45 S.C.R. 167; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *R. v. Caulfield* (1973), 10 C.C.C. (2d) 539; *R. v. Williams* (1975), 21 C.C.C. (2d) 1, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming a decision of Hugessen A.C.J. of the Superior Court of Quebec, sitting as an extradition judge.² Appeal allowed.

L. P. Landry, Q.C., for the appellant.

David Linetsky and Sidney Leithman, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal pronounced on September 25, 1974.

The Federal Court of Appeal considered an application to review and set aside the decision of Hugessen A.C.J. pronounced as a Commissioner under the provisions of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21.

même situation que le juge qui doit décider s'il existe quelque élément de preuve en vertu duquel un jury équitable, convenablement instruit du droit, pourrait prononcer un verdict de culpabilité. Son pouvoir discrétionnaire ne se limite pas aux seules affaires où la preuve est entièrement indirecte: il lui permet aussi d'examiner si la preuve est de nature si douteuse qu'elle en est dangereuse. En l'espèce, elle l'est parce que le témoin a déposé dans l'espoir d'obtenir une récompense.

Le juge d'extradition doit être d'autant plus prudent que sa décision aura pour effet de remettre le prévenu à la juridiction des tribunaux d'un autre pays dont il ne connaît même pas les procédures auxquelles on a eu recours pour obtenir la preuve sur laquelle la demande est fondée.

[Distinction faite avec les arrêts: *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Gaudet*, [1971] 2 C.C.C. 418; *R. v. Pearce* (1963), 40 C.R. 75; *R. v. Sawrenko*, [1971] 4 C.C.C. (2d) 338; *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56; arrêts mentionnés: *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *re Lattimer* (1906), 10 C.C.C. 244; *Girvin c. Le Roi* (1911), 45 R.C.S. 167; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *R. v. Caulfield* (1973), 10 C.C.C. (2d) 539; *R. v. Williams* (1975), 21 C.C.C. (2d) 1.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ confirmant une décision du juge en chef adjoint de la Cour supérieure de Québec, le juge Hugessen, siégeant en qualité de juge d'extradition². Pourvoi accueilli.

L. P. Landry, c.r., pour l'appelant.

David Linetsky et Sidney Leithman, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*) — Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu le 25 septembre 1974.

La Cour d'appel fédérale avait été saisie d'une demande d'examen et d'annulation d'une décision que le juge en chef adjoint de la Cour supérieure, le juge Hugessen, avait prononcée en qualité de juge d'extradition en vertu des dispositions de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21.

¹ [1974] 2 F.C. 210.

² (1974), 19 C.C.C. (2d) 35.

¹ [1974] 2 C.F. 210.

² (1974), 19 C.C.C. (2d) 35.

The respondent had been arrested on the information and complaint of Guy David, an R.C.M.P. officer, that the said respondent was a fugitive criminal of the United States of America and had been accused of crimes committed within the jurisdiction of the Eastern District of Wisconsin. The indictment issued by the grand jury in Wisconsin and which was part of the warrant for the respondent's arrest, accused him of conspiracy, with others both co-accused and co-conspirators not accused, to commit acts in violation of the laws of the United States which may be briefly described as the importation and distribution of narcotic drugs.

In accordance with the provisions of s. 13 of the said *Extradition Act*, which reads:

13. The fugitive shall be brought before a judge, who shall, subject to this Part, hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

the respondent was brought before Hugessen A.C.J. for a hearing. The said s. 13 provides that the judge shall hear the case in the same manner as nearly as may be as if the fugitive was brought before a justice of the peace charged with an indictable offence committed in Canada. Section 18 of the *Extradition Act* gives much more explicit directions and provides:

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(a) in the case of a fugitive alleged to have been convicted of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, prove that he was so convicted, and

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada.

(2) If such evidence is not produced, the judge shall order him to be discharged.

The only evidence produced before Hugessen A.C.J. in support of the application for an order for the extradition of the respondent was an affida-

A la suite de renseignements fournis par un nommé Guy David, agent de la Gendarmerie royale du Canada et d'une plainte portée par lui, l'intimé a été arrêté. On l'accuse d'être un criminel fugitif recherché par les États-Unis d'Amérique et d'être sous l'inculpation de crimes commis dans le district est du Wisconsin. L'acte d'accusation, établi par le jury d'accusation (*Grand Jury*) du Wisconsin et qui fait partie du mandat d'arrestation de l'intimé, l'incolpe de complot avec ses coaccusés et d'autres personnes, en vue de commettre des infractions aux lois des États-Unis, à savoir l'importation et la distribution de stupéfiants.

Voici les dispositions de l'art. 13 de ladite *Loi sur l'extradition*, en vertu desquelles l'intimé a été traduit devant le juge Hugessen:

13. Le fugitif doit être amené devant un juge, qui, sous réserve de la présente Partie, entend la cause, de la même manière, autant que possible, que si le fugitif était traduit devant un juge de paix sous accusation d'un acte criminel commis au Canada.

Ledit art. 13 prévoit que le juge doit entendre la cause, de la même manière, autant que possible, que si le fugitif était traduit devant un juge de paix sous accusation d'un acte criminel commis au Canada. L'article 18 de la *Loi sur l'extradition* donne des instructions beaucoup plus précises à cet égard:

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi,

a) dans le cas d'un fugitif que l'on prétend avoir été convaincu d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sous réserve de la présente Partie, établirait qu'il a été convaincu de ce crime, et

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada.

(2) Lorsque cette preuve n'est pas produite, le juge ordonne qu'il soit élargi.

La seule preuve présentée au juge Hugessen à l'appui de la demande d'extradition de l'intimé consiste en l'affidavit d'un certain Albert E. Herr-

vit purporting to be sworn by one Albert E. Herrmann which in thirty long paragraphs outlined the alleged conspiracy in very considerable detail. In the first paragraph of that affidavit, however, the said Herrmann deposed as follows:

1. I am a citizen of Germany, and last arrived in the United States of America in May, 1973, at Milwaukee, Wisconsin. On June 6, 1973, I was arrested by agents of the Drug Abuse Law Enforcement office, and I have been indicated [sic] for narcotics offenses in the United States District Court for the Eastern District of Wisconsin. An attorney has been appointed to represent me, and I am presently free on bond. I make this affidavit freely and voluntarily with full knowledge of my legal rights after the United States Attorney's office promised to dismiss all but one of the narcotics charges against me, which would be held open until after I had testified before the Grand Jury, and in any subsequent criminal prosecutions arising out of my Grand Jury testimony. The final narcotic charge against me would be dismissed upon my completion of all of my court appearances and testimony in criminal prosecutions against my co-conspirators.

so that the application to Hugessen A.C.J. was to order the extradition of the respondent on the sole basis of an affidavit made by a person who alleged he was a co-conspirator and who volunteered that he had been indicted for these offences, that an attorney had been appointed to represent him, that he was free on bond and that the United States Attorney's office had promised to dismiss all charges but one against him after his testimony before the Grand Jury, and the last charge after he had completed his court appearance in the criminal prosecution against his co-conspirators. To put it briefly, Herrmann was not only an accomplice but was an accomplice who was testifying, admittedly for reward, for his own freedom.

Hugessen A.C.J. stated the test in s. 18(1)(b) of the *Extradition Act*, which I have cited above, saying that evidence should be adduced which would justify the committal of the respondent for trial if the alleged crime had been committed in Canada. To determine what evidence would justify

mann où se trouve exposé en détail dans trente longs alinéas le complot allégué. Cependant, dans le premier alinéa de cet affidavit, le déposant s'est exprimé comme suit:

[TRANSLATION] 1. Je suis de nationalité allemande et je suis entré aux États-Unis en mai 1973, à Milwaukee (Wisconsin). Le 6 juin 1973, j'ai été arrêté par des agents du *Drug Abuse Law Enforcement* et j'ai été mis en accusation devant la Cour de district fédéral du district est du Wisconsin pour infractions aux lois sur les stupéfiants. On a désigné un avocat pour me représenter, et je suis actuellement en liberté sous caution. Je fais cet affidavit librement et de mon plein gré, informé de mes droits, après que le Bureau du Procureur général des États-Unis eut promis de ne retenir qu'un seul des chefs d'accusation de violation de la Loi sur les stupéfiants, qui serait maintenu jusqu'à ce que j'aie témoigné devant le jury d'accusation (*Grand Jury*), et dans toutes poursuites subséquentes au criminel découlant de ma déposition devant le jury d'accusation. On abandonnerait les poursuites sous le dernier chef d'accusation porté contre moi pour violation de la Loi sur les stupéfiants au terme de toutes mes comparutions devant les tribunaux et de mes dépositions au cours des poursuites au criminel engagées contre mes complices.

La demande présentée au juge Hugessen vise donc l'extradition de l'intimé sur la seule base d'un affidavit de quelqu'un qui prétend être complice, qui a spontanément avoué avoir été accusé de ces infractions et indiqué qu'un avocat a été nommé pour le représenter. Cette personne déclare en outre être en liberté sous caution et que le bureau du Procureur général des États-Unis a promis d'abandonner toutes les poursuites intentées contre lui sauf une, après sa déposition devant le jury d'accusation (*Grand Jury*) et de renoncer à la dernière au terme de ses comparutions relatives aux poursuites au criminel engagées contre ses complices. Bref, Herrmann n'est pas seulement un complice, mais aussi un complice qui témoigne dans le but avoué d'obtenir sa liberté en récompense.

Le juge Hugessen a énoncé le critère établi à l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition* (précité), selon lequel il faut produire une preuve qui justifierait l'incarcération préventive de l'intimé si le crime avait été commis au Canada. Afin de déterminer quelle preuve permet-

a justice upon a preliminary hearing committing an accused person for trial, Hugessen A.C.J. turned to s. 475 of the *Criminal Code* which provides:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall,

(a) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,

(i) commit the accused for trial,

(b) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial.

It should be noted that the important words are "if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial". Those words have been interpreted in at least three different fashions by different courts. The first test and probably that requiring a little weaker case is that if the magistrate believes the accused is probably guilty of the crime, he should commit the accused for trial. The second and third tests, and I agree with Hugessen A.C.J. that they are to all intents and purposes the same, are that the accused should not be committed for trial if no jury properly charged and acting judicially could convict the accused upon the evidence adduced, or that the trial judge upon the production of that evidence before the jury would be under a duty of directing the jury to bring in a verdict of acquittal. The latter would be the proper form of procedure, although it is often spoken of as "taking the case from the jury".

Hugessen A.C.J. then stated:

Put in another way, my function is not to weigh the evidence to decide whether or not I believe it, but rather to determine whether there is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed in law, could bring in a verdict of guilty, and this, of course, means that if it is the sort of case where, as a trial judge, I would feel obliged to direct a verdict of acquittal, then, as an extradition judge, I should refuse to commit.

trait à un juge de paix d'ordonner l'incarcération préventive d'un prévenu après audition préliminaire, le juge Hugessen s'est reporté à l'art. 475 du *Code criminel* qui prévoit:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit,

a) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,

i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès,

b) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement.

Soulignons que les mots importants sont «s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement». Les tribunaux ont interprété cette disposition d'au moins trois façons différentes. Selon la première interprétation, probablement la moins exigeante, si le juge de paix croit l'inculpé probablement coupable du crime dont on l'accuse, il doit le renvoyer pour qu'il subisse son procès. D'après la seconde et la troisième interprétations, je conviens d'ailleurs avec le juge Hugessen qu'à toutes fins pratiques, elles reviennent au même, l'inculpé ne doit pas être renvoyé pour subir son procès si un jury convenablement instruit du droit et agissant de façon judiciaire ne pourrait condamner le prévenu au vu de la preuve soumise, ou si le juge de première instance, sur production de cette preuve devant le jury, serait tenu d'imposer à ce dernier un verdict d'acquittal. Il s'agit là de la procédure appropriée bien que l'on appelle souvent cela «dessaisir le jury».

Le juge en chef adjoint a alors déclaré:

[TRADUCTION] En d'autres termes, ma fonction n'est pas d'évaluer la preuve pour décider si je la crois ou non, mais plutôt de déterminer s'il existe des éléments de preuve en vertu desquels un jury équitable, convenablement instruit du droit, pourrait prononcer un verdict de culpabilité; naturellement, ceci veut dire que s'il s'agit d'une affaire où, en qualité de juge de première instance, je m'estimerais tenu d'ordonner un verdict d'acquittal, comme juge d'extradition, je dois refuser de renvoyer l'inculpé pour qu'il subisse son procès.

The learned extradition commissioner then expressed the view that there is a considerable body of jurisprudential authority upholding the right of the trial judge to intervene and withdraw the case from the jury when the Crown's evidence is so manifestly unreliable or so doubtful or tainted in nature as to make it dangerous and unjust to put the accused to his defence on the basis thereof. Hugessen A.C.J. cited as an authority for that proposition *R. v. Comba*³, where Duff C.J. said at p. 397:

We agree with the majority of the Court of Appeal, whose reasons for their judgment we find convincing and conclusive, that the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that, in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly. It is not, and could not, with any plausibility, be suggested that the case for the Crown was in any way strengthened or improved by the evidence put before the jury on behalf of the defence.

R. v. Comba was an unusual case. The charge was murder of a young girl and the evidence was altogether circumstantial. At the close of the Crown's case, the defence had moved for a directed verdict which motion the learned trial judge had refused. The trial then proceeded with address of counsel, no evidence being adduced on behalf of the defence. The jury's verdict was guilty. Upon the matter being considered by the Court of Appeal for Ontario⁴, it was demonstrated that during the course of the trial the jury, despite the trial judge's careful instructions, had been permitted to separate and all members of the court were of the opinion that at least a new trial should be ordered. The relief sought by the appellant in his notice of appeal was only that such new trial be granted but upon counsel for the appellant opening his appeal he took the position that the conviction should be quashed and the appellant released and applied for leave to amend the notice of appeal to so provide. Such leave was granted by the Court of Appeal with Latchford C.J. most vigorously dis-

Le savant juge d'extradition a ajouté qu'il existe un ensemble important d'arrêts selon lesquels le juge du procès a le droit d'intervenir et de dessaisir le jury quand la preuve du ministère public est manifestement si peu digne de foi, de nature si douteuse ou si viciée qu'il devient dangereux ou injuste de contraindre l'inculpé à se défendre en se fondant sur elle. A l'appui de cette thèse, le juge Hugessen a cité un extrait de l'arrêt *R. c. Comba*³, où le juge en chef Duff déclarait à la p. 397:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis, comme la majorité de la Cour d'appel, dont nous trouvons les motifs de jugement convaincants et concluants, que sur demande de l'avocat du prisonnier présentée à la conclusion des témoignages à charge, le savant juge de première instance aurait dû dire au jury que, vu la nature douteuse de la preuve, il serait dangereux de conclure à la culpabilité de l'inculpé et aurait dû lui imposer en conséquence un verdict d'acquittement. On ne peut, ni ne pourrait, plausiblement prétendre que la preuve soumise au jury par la défense a de quelque façon aidé ou renforcé l'accusation.

L'affaire *R. c. Comba* était peu commune. Il s'agissait d'une accusation de meurtre d'une jeune fille et la preuve était entièrement indirecte. A la fin de l'exposé du ministère public, la défense avait demandé un verdict imposé mais le savant juge de première instance avait rejeté cette requête. On a alors procédé aux plaidoiries des avocats sans qu'aucune preuve ne soit présentée pour la défense. Le jury a rendu un verdict de culpabilité. Lorsque la Cour d'appel de l'Ontario a été saisie de l'affaire⁴, il a été démontré qu'au cours du procès, en dépit des directives précises du premier juge, on avait permis au jury de se séparer, et tous les membres de la Cour étaient d'avis qu'il fallait au moins ordonner un nouveau procès. C'est ce que demandait l'appellant dans son avis d'appel, mais son avocat, au début de sa plaidoirie, a soutenu qu'il fallait annuler le verdict de culpabilité et libérer son client, et a sollicité l'autorisation de modifier l'avis d'appel en conséquence. La Cour d'appel a accordé la permission demandée, le juge en chef Latchford s'y opposant énergiquement.

³ [1938] S.C.R. 396.

⁴ [1938] O.R. 200.

³ [1938] R.C.S. 396.

⁴ [1938] O.R. 200.

senting. Each member of the majority gave reasons for judgment but the reasons of Middleton J.A. were much the most extensive and were concurred in by the other members of the majority. Middleton J.A. said at p. 203, "There was no direct evidence indicating the criminal. The only evidence that can be adduced is purely circumstantial." He then proceeded to examine such circumstantial evidence and applying the well-known test in *Hodge's Case*⁵, demonstrated that such evidence was as consistent with the innocence of the accused as with his guilt. At p. 210, the learned justice on appeal said:

In the next place, it must be borne in mind that counsel for Comba moved to have the case withdrawn from the jury. If I am right in the opinion that this motion should have been granted, then it could not at that time have been known whether Comba would testify or not.

It is this statement that Duff C.J. referred to in the concluding paragraph of his reasons which I have quoted above.

Counsel for the appellant has submitted that *R. v. Comba* must be confined to the cases where circumstantial evidence alone is adduced against the accused, and that only in such cases is a judge justified in directing a verdict or, to put it otherwise, withdrawing the case from the jury. He submits that if there is direct and not merely circumstantial evidence, then no matter how disreputable that evidence be it is the duty of the jury and not the judge to weigh that evidence and determine whether or not it is credible and whether the jury should base its verdict upon it.

It is true that in *Comba* the evidence was wholly circumstantial. I am, however, of the opinion that evidence of a "dubious nature" which would make it unsafe for the jury to register a conviction may be of such dubious nature because it is circumstantial and as consistent with the innocence of the accused as with his guilt, or because it is "tainted and unreliable" as Huggessen A.C.J. described the evidence in the present case. There is but little authority in reference to the task of an extradition commissioner in applying s. 18(1)(b) of the *Extradition Act* but one case where a very similar problem was canvassed is *Re Commonwealth of*

Chaque juge de la majorité a rédigé des motifs de jugement, mais ceux du juge d'appel Middleton, auxquels les autres membres de la majorité ont souscrit, sont de loin les plus circonstanciés. Il a dit à la p. 203, [TRADUCTION] «Aucune preuve directe ne révélait l'identité du criminel. La seule preuve soumise est purement indirecte». Il a ensuite fait l'examen de la preuve indirecte et, recourant au critère bien connu de l'affaire *Hodge*⁵, il a démontré que cette preuve était compatible aussi bien avec l'innocence de l'inculpé qu'avec sa culpabilité. A la p. 210, le savant juge d'appel a déclaré:

[TRADUCTION] Ensuite, il ne faut pas oublier que l'avocat de Comba a demandé le dessaisissement du jury. Si j'ai raison de penser que cette requête aurait dû être accueillie, alors à l'époque on ne pouvait pas savoir si Comba allait témoigner ou non.

C'est à cet énoncé que renvoie le juge en chef Duff au dernier alinéa de ses motifs que j'ai cité plus haut.

L'avocat de l'appellant soutient que l'arrêt *R. c. Comba* s'applique uniquement lorsque la preuve produite contre l'accusé est indirecte, et que c'est dans de telles circonstances seulement que le juge est fondé à imposer un verdict ou, en d'autres termes, à dessaisir le jury. Il soutient qu'en présence d'éléments de preuve directe et pas seulement indirecte, si peu dignes de foi soient-ils, c'est au jury et non au juge qu'il incombe de les évaluer, d'apprécier leur crédibilité et de juger s'il doit fonder son verdict sur eux.

Il est exact que dans l'affaire *Comba*, la preuve était entièrement indirecte. Cependant, j'estime qu'une preuve «de nature si douteuse» qu'il serait dangereux pour le jury de rendre un verdict de culpabilité peut être telle parce qu'elle est indirecte et compatible tant avec l'innocence de l'inculpé qu'avec sa culpabilité, ou parce qu'elle est «viciée et peu digne de foi» pour reprendre les qualificatifs dont s'est servi le juge Huggessen pour décrire la preuve en l'espèce. La jurisprudence nous renseigne peu sur la façon dont un juge d'extradition doit appliquer l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition*, mais l'arrêt *L'État portori-*

⁵ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

⁵ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

*Puerto Rico and Hernandez*⁶. There an application for an extradition order came before Honeywell, County Court Judge, who went over the evidence most carefully and particularly that which dealt with identification of the accused man whose extradition was sought. The attack made upon that evidence was not as to the truthfulness of the witness who testified *viva voce* and was cross-examined on his evidence, but whether his identification was so slim that it stood no chance of convincing a jury beyond reasonable doubt. Honeywell, Co.Ct.J., refused to order the extradition of the accused man.

An application to review was made by the Commonwealth of Puerto Rico to the Federal Court of Appeal and that court first held that s. 28 of the *Federal Court Act* did not give it power to carry out the review in the circumstances. This Court, reversing the Federal Court of Appeal, held that that Court did have jurisdiction and referred the matter back to the Federal Court of Appeal for hearing on the merits. Thurlow J. gave the judgment for the Court dismissing the application to review and set aside the decision of the extradition commissioner. After citing the various tests which I have referred to above, Thurlow J. said at p. 1211:

Each of these tests or ways of putting a test may, as I see it, be more or less useful to a justice or an extradition Judge, depending on the kind of a case presented but it must, I think, be remembered that whichever way the test is put it can serve only as an aid to the justice or Judge in forming an opinion on the evidence, which the statute directs him to apply, as to the sufficiency of that evidence to put the accused person on trial. For this purpose I should have thought that the minimum requirement would be evidence upon which, if unanswered at the trial, a jury acting reasonably might convict but the statute does not prescribe a standard. It leaves the standard of sufficiency to the judgment of the justice or Judge and it appears to me that so long as his conclusion is supportable as being a reasonable conclusion on the evidence before him, it is not essential that it should appear that he has applied any particular or defined standard. In particular, I do not think there is any cause for complaint that a particular standard has not been applied if the standard actually applied is a lower or less demanding one and the justice or Judge has

*cain c. Hernandez*⁶ porte sur un problème semblable. Dans cette affaire, le juge de comté Honeywell a été saisi d'une demande d'ordonnance d'extradition; il a étudié la preuve très attentivement, particulièrement celle qui traitait de l'identification de l'inculpé dont on demandait l'extradition. On ne s'attaquait pas à la bonne foi du témoin, qui avait déposé de vive voix et avait été contre-interrogé, mais il semblait douteux que l'identification qu'il avait faite de l'intimé ait la moindre chance de convaincre un jury au-delà de tout doute raisonnable. Le juge de comté Honeywell a refusé d'ordonner l'extradition de l'inculpé.

L'État portoricain a présenté une demande d'examen de cette décision à la Cour d'appel fédérale, qui a statué d'abord que l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne lui donne pas compétence pour ce faire. Cette Cour, infirmant la décision de la Cour d'appel fédérale, a statué que cette dernière a effectivement compétence et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle la juge au fond. Le juge Thurlow a prononcé le jugement de la cour rejetant la demande d'examen et d'annulation de la décision du juge d'extradition. Après avoir cité les différents critères que j'ai déjà mentionnés, le juge Thurlow a déclaré à la p. 1211:

Chacun de ces critères ou chacune de ces façons de formuler un critère, peut être, à mon avis, plus ou moins utile à un juge de paix ou à un juge d'extradition, selon le type d'affaire en cause. Mais on doit, à mon sens, retenir que, peu importe la manière de formuler le critère, celui-ci ne peut servir que de repère au juge de paix ou au juge pour lui permettre de se faire une opinion sur la preuve, opinion que la loi lui impose d'appliquer, quant au caractère suffisant de celle-ci pour justifier une mise en accusation. Pour cette raison, il me semble qu'il conviendrait d'exiger au moins une preuve qui, si elle n'est pas réfutée lors du procès, serait de nature à motiver une condamnation de la part d'un jury raisonnable, mais la législation n'impose pas de critère. Elle laisse l'appréciation du caractère suffisant de la preuve au juge de paix ou au juge et il me semble que dans la mesure où sa conclusion est justifiée comme découlant raisonnablement de la preuve, il n'est pas essentiel qu'il s'avère qu'il a appliqué un critère donné. En particulier, je ne pense pas que l'on puisse se plaindre qu'un critère donné n'a pas été appliqué si le critère

⁶ [1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.

⁶ [1973] C.F. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.

nevertheless concluded that the evidence was insufficient.

He then proceeded to review the evidence and said at pp. 1214:

After having read and reread the evidence of the witnesses Atilano and Ortiz, and after hearing the very able argument of counsel for the Commonwealth of Puerto Rico I am not persuaded that the evidence was reasonably sufficient to warrant putting the respondent on trial. Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some 60 ft., if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than to strengthen the identification made by Atilano at the hearing since it is the person shown in the picture which the witness had ample opportunity to examine, rather than the fleeting view of the gunman that the witness would thereafter tend to remember. Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

This conclusion is sufficient to dispose of the application for if the Court is not itself persuaded that the evidence warranted committal still less is it persuaded that it was not open to the learned extradition Judge in exercising his discretion to regard the evidence as insufficient.

(The underlining is my own.)

Thurlow J. said at p. 1215:

It was also urged that the learned Judge erred in law in having weighed the testimony and thus usurped the function of the jury to determine the credibility of the witnesses and the value of their testimony. I do not regard it as possible, however, for an extradition Judge to perform his function without having some regard for the obvious weight or lack of weight of testimony put before him. He must, I think, weigh it in a rough scale to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support. Here the learned Judge on more than one occasion mentioned that it was not his function to weigh the evidence but simply to determine its sufficiency and I do not think his conclusion can be regarded as having proceeded from

effectivement retenu est moins exigeant et que le juge de paix ou le juge en a néanmoins conclu à l'insuffisance de la preuve.

Il a ensuite passé en revue la preuve et a conclu (à la p. 1214):

Après plusieurs examens des témoignages d'Atilano et d'Ortiz et après avoir entendu l'excellente plaidoirie de l'avocat de l'État de Porto Rico, je ne suis pas convaincu que la preuve suffisait raisonnablement à justifier la mise en accusation de l'intimé. De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce, à une distance d'à peu près soixante pieds, si tant est qu'il s'en soit approché d'aussi près. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano; en effet, le témoin aurait tendance à se souvenir par la suite du personnage de la photographie qu'il a eu tout loisir d'examiner plutôt que de la silhouette fugitive du tireur. Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Cette conclusion suffit à rejeter la demande, car, si la Cour n'est pas elle-même convaincue que la preuve justifie l'incarcération, elle l'est encore moins que le savant juge d'extradition ne pouvait pas, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, considérer la preuve insuffisante.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Thurlow a dit à la p. 1215:

On a également soutenu que le savant juge avait commis une erreur de droit en évaluant le témoignage, usurpant ainsi les fonctions du jury d'apprécier la crédibilité des témoins et la valeur de leurs témoignages. Toutefois, je ne considère pas qu'il soit possible pour un juge d'extradition d'exercer ses fonctions sans tenir compte du poids ou du manque de poids manifestes d'un témoignage qui lui est soumis. J'estime qu'il lui appartient de l'évaluer approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer. Le savant juge, en l'espèce, a déclaré à plusieurs reprises qu'il ne lui appartenait pas de peser la preuve mais simplement de se prononcer sur son caractère suffisant et je ne pense pas

any misdirection or error of law as to the function he was performing. He applied the "probably guilty" test and concluded that the evidence did not show that the respondent was probably guilty, a conclusion which, with respect, I share, and as that is the lowest of the several standards which I discussed earlier in these reasons it can scarcely be said that the conclusion could have been anything but the same had any of the more stringent standards of sufficiency been applied.

It is my view that Hugessen A.C.J. purported to act exactly in accordance with the above statement of Thurlow J. in giving reasons in the present appeal when he said:

A finding that evidence is "manifestly unreliable" or "dubious" does, of course, necessarily involve some sort of weighing process, not, however, for the purpose of determining whether such evidence "proves" the charge but rather for the purpose of determining whether it has any weight at all which could prove the charge. As stated by Thurlow J. in the case of *HERNANDEZ* (above cited), the extradition judge must weigh the evidence "in a rough scale, to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support".

With respect, I am in complete agreement with the statement of Thurlow J. and I am ready to approve Hugessen A.C.J. having followed that principle. I am of the opinion that the trial judge, upon considering whether he should direct a verdict at the close of the Crown's case, has a discretion to direct a verdict not confined only to those cases where the evidence was wholly circumstantial. Rather, his discretion is, in the words of Chief Justice Duff, "whether the evidence is of such a dubious nature as to be dangerous". In *Puerto Rico v. Hernandez, supra*, the evidence was dubious and dangerous to use as a basis for conviction because the witness purported to make observations which the learned trial judge believed were impossible. In the present case, the evidence is dangerous and dubious because it was given by a witness who was quite evidently acting in hope of a reward which had been promised to him in detail. I use Thurlow J.'s words in *Hernandez*, "I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence . . .".

que l'on puisse soutenir que sa conclusion découle d'une conception erronée de son rôle ou d'une erreur de droit à cet égard. Il a fait application du critère de la «culpabilité probable» et il a conclu que la preuve ne démontrait pas la culpabilité probable de l'intimé, conclusion qu'en toute déférence, je partage. Dans la mesure où ce critère est le moins exigeant des critères que j'ai précédemment examinés dans ces motifs, on ne saurait prétendre que la conclusion aurait été différente si l'on avait appliqué des critères plus exigeants relativement au caractère suffisant de la preuve.

Je suis d'avis que le juge Hugessen entendait agir conformément à l'exposé précité du juge Thurlow en rendant les motifs dans la présente affaire lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Naturellement, conclure que la preuve est «manifestement peu digne de foi» ou «douteuse» implique un certain processus d'évaluation, non pas toutefois dans le but de déterminer si la preuve est de nature à établir le bien-fondé de l'accusation mais plutôt afin de déterminer si elle contient des éléments pouvant étayer l'accusation. Comme l'a déclaré le juge Thurlow dans l'arrêt *HERNANDEZ* (précité), le juge d'extradition doit évaluer la preuve «approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer».

Avec égards, je suis d'accord avec l'énoncé du juge Thurlow et je suis d'avis que le juge Hugessen a eu raison de suivre ce principe. J'estime que lorsque le juge de première instance examine s'il doit imposer ou non un verdict à la fin de l'exposé du ministère public, son pouvoir discrétionnaire n'est pas limité aux seules affaires où la preuve est entièrement indirecte. Comme l'a dit le juge en chef Duff, il a aussi ce pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] «lorsque la preuve est de nature si douteuse qu'elle en est dangereuse». Dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez* (précitée), il était dangereux de condamner l'accusé au vu d'une preuve aussi douteuse, provenant d'un témoin qui prétendait avoir fait certaines constatations que le juge estimait impossibles. En l'espèce, la preuve est dangereuse et douteuse parce que le témoin avait évidemment déposé dans l'espoir d'obtenir une récompense qu'on lui avait promise avec force détails. Je reprends ce que disait le juge Thurlow dans l'arrêt *Hernandez*, «Je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue . . .».

Counsel for the appellant has cited various cases in which appellate courts have reviewed and reversed the decisions of trial court judges to direct verdicts but an examination of each of those cases would indicate that the trial court judges in such cases were weighing the evidence for the purpose of determining the credibility. So, in *R. v. Robichaud*⁷, the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick reversed the trial judge when he had directed a verdict on the basis that the evidence did not show beyond reasonable doubt that the accused man had used more than sufficient force to repel an assault and did now show beyond a reasonable doubt the cause of death. There was no question of credibility whatsoever. The evidence was given by two young boys whose credibility was not doubted. It was simply a question of whether that evidence showed beyond a reasonable doubt the factors necessary to establish the ingredients of the offence of manslaughter. With respect, I am of the opinion that the Appeal Division was quite correct in its view that the weight of that evidence was certainly a matter for the jury and no directed verdict should have been issued. The case, in my opinion, is not applicable to the present situation and I am of the opinion that *Puerto Rico v. Hernandez* is.

There is another factor. The magistrate considering whether he should commit an accused person for trial knows that if he does commit that accused then he will be tried in accordance with the provisions of the Canadian *Criminal Code*, Canadian *Bill of Rights* and, in a procedure where the accused's interests will be accorded all proper protection. An extradition commissioner, and this has no particular application to the present case, may, on the other hand, consider whether he should order the extradition of the arrested person to a jurisdiction of which he has no knowledge of the prosecution procedures or doctrines or traditions. Moreover, the extradition commissioner has no knowledge of the procedures which were involved in obtaining the evidence which is adduced before him and upon which he is asked to base his order for extradition. There is, therefore, in my view,

⁷ (1951), 12 C.R. 167.

L'avocat de l'appelant a cité divers arrêts dans lesquels les cours d'appel ont examiné et infirmé les décisions de juges de première instance d'imposer des verdicts, mais l'étude de chacun de ces arrêts révèle que les premiers juges avaient évalué la preuve aux fins de déterminer la crédibilité du témoin. Ainsi dans l'arrêt *R. v. Robichaud*⁷, la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a infirmé la décision du juge de première instance imposant un verdict aux motifs que la preuve ne démontrait pas au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé avait repoussé son agresseur avec plus de violence que nécessaire et qu'elle n'établissait pas la cause du décès. La question de la crédibilité n'entraînait pas en cause, car il s'agissait de deux jeunes témoins dont la crédibilité n'était pas mise en doute. Il fallait simplement déterminer si la preuve établissait au-delà de tout doute raisonnable les éléments nécessaires de l'homicide involontaire. Avec égards, je suis d'avis que la Division d'appel a eu raison de juger qu'il incombait au jury d'évaluer ces témoignages et qu'il ne fallait pas lui imposer un verdict. A mon avis, cet arrêt, contrairement à l'arrêt *L'État portoricain c. Hernandez*, ne s'applique pas en l'espèce.

Un autre facteur entre en ligne de compte. Le juge de paix, lorsqu'il doit décider s'il y a lieu de renvoyer un inculpé pour qu'il subisse son procès, sait que si telle est sa décision, l'inculpé sera alors jugé conformément aux dispositions du *Code criminel* canadien et de la *Déclaration canadienne des droits*, selon une procédure garantissant à ce dernier la protection de ses droits. Par contre, et cela ne s'applique pas spécialement en l'espèce, un juge d'extradition peut se demander s'il doit ordonner que la personne en état d'arrestation soit livrée à une juridiction étrangère, dont il ignore tout de la procédure criminelle, de la doctrine et des traditions. De plus, le juge d'extradition ne connaît pas les procédures auxquelles on a eu recours pour obtenir la preuve qui lui est soumise et sur laquelle on lui demande de fonder son ordonnance d'extradition. Par conséquent, j'estime que le juge d'ex-

⁷ (1951), 12 C.R. 167.

cast upon the extradition commissioner an extra burden of caution.

In *Auger v. Dubeau*⁸, at p. 397, Brossard J. said:

It matters little whether the accused that the Judge has before him is or is not a Canadian citizen, the foreigner being entitled to the benefit of the same protection in a criminal matter as the citizens of the country.

The Judge must also take into account the fact that his decision might have the effect of taking the accused away from the jurisdiction of the Courts of the country where he is and putting him again under the jurisdiction of the Courts of another country and consequently, in conformity with the requirements of s. 13 of the Act, he must take into account the fact that his decision may, in a foreign country even if it be a friend, be interpreted and used against the accused by proceeding in a manner different from what it might be in Canada. So too, the Judge to whom a petition for extradition is presented should grant it only on legal and certain evidence that satisfies him that it is a matter for trial.

For these reasons, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Federal Court of Appeal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an application made pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* for the review of a decision of Hugessen A.C.J. of the Superior Court of Quebec sitting as an extradition judge under *The Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21 whereby he held that there was no evidence before him to justify him in issuing the warrant applied for under *The Extradition Act* for the apprehension of the respondent in respect of extradition crimes committed in the United States and Canada in violation of the narcotic drug laws of the United States.

The relevant provisions of *The Extradition Act* read as follows:

10. (1) Wherever this part applies, a Judge may issue a warrant for the apprehension of a fugitive on a

⁸ (1952), 111 C.C.C. 390.

tradition doit être d'autant plus prudent.

Dans l'arrêt *Auger c. Dubeau*⁸, à la p. 397, le juge Brossard a déclaré:

Peu importe que le prévenu que le juge a devant lui soit ou ne soit pas citoyen canadien, l'étranger bénéficiant en matière criminelle de la même protection que les citoyens du pays.

Le juge chargé d'enquêter doit également tenir compte du fait que sa décision aura pour effet de soustraire le prévenu à la juridiction des tribunaux du pays où il se trouve pour le remettre à la juridiction des tribunaux d'un autre pays et en conséquence, tout en se conformant aux exigences de l'article 13 de la loi, il doit tenir compte du fait que sa décision peut, en pays étranger, ce pays fût-il ami, être interprétée et utilisée contre le prévenu par la poursuite d'une manière différente de celle dont elle pourrait l'être au Canada. Aussi bien le juge auquel une demande d'extradition est présentée ne doit-il l'accorder que sur une preuve légale et certaine qui le satisfasse qu'il y a matière à procès.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de la Cour, attaque un jugement de la Cour d'appel fédérale qui rejette une demande d'examen, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'une décision du juge en chef adjoint de la Cour supérieure de la province de Québec, le juge Hugessen, qui siégeait en qualité de juge d'extradition en vertu de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21. Dans cette décision, le juge Hugessen déclare ne disposer d'aucun élément de preuve lui permettant de lancer le mandat sollicité en vertu de la *Loi sur l'extradition*, pour l'arrestation de l'intimé en raison de crimes commis aux États-Unis et au Canada en violation des lois américaines sur les stupéfiants.

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'extradition*:

10. (1) Lorsque la présente Partie s'applique, un juge peut lancer son mandat pour l'arrestation d'un fugitif

⁸ (1952), 111 C.C.C. 390.

foreign warrant of arrest, or an information or complaint laid before him, and on such evidence or after such proceedings as in his opinion would, subject to this Part justify the issue of his warrant if the crime of which the fugitive is accused, or of which he is alleged to have been convicted had been committed in Canada.

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law . . .

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada.

Section 13 of the Act which establishes the procedure to be followed at the extradition hearing provides that:

The fugitive shall be brought before a Judge who shall, subject to this Part, hear his case in the same manner as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

(The underlining throughout is my own.)

These sections of the Act must, I think, be read in conjunction with s. 475 of the *Criminal Code* which defines the duty of a "justice" in deciding whether or not an accused should be committed for trial. The section provides:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he *shall*,

(a) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,

(i) commit the accused for trial, or . . .

(b) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. (The italics are my own.)

In applying these sections to the case before him, the learned judge sitting as an extradition judge, adopted the following test:

The test laid down by section 18(1)(b) of the Extradition Act is whether the evidence is such as would justify the committal of Mr. Shephard for trial if the alleged

sur un mandat d'arrestation étranger, ou sur une dénonciation ou plainte portée devant lui, et moyennant la preuve ou après les procédures qui, à son avis, sous réserve de la présente Partie, justifieraient l'émission de son mandat si le crime dont le fugitif est accusé, ou dont on allègue qu'il a été convaincu, avait été commis au Canada.

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi . . .

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada.

L'article 13 de la Loi, qui établit la procédure à suivre au cours de l'audience d'extradition, prévoit que:

Le fugitif doit être amené devant un juge, qui, sous réserve de la présente Partie, entend la cause, de la même manière, autant que possible, que si le fugitif était traduit devant un juge de paix sous accusation d'un acte criminel commis au Canada.

(C'est moi qui souligne.)

Je crois qu'il faut lire ces articles de la Loi en corrélation avec l'art. 475 du *Code criminel* qui définit le devoir d'un «juge de paix» lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès. Cet article prévoit que:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il *doit*,

a) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,

i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, ou . . .

b) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement. (Les italiques sont de moi.)

En appliquant ces articles à l'affaire dont il était saisi, le savant juge, siégeant en qualité de juge d'extradition, a adopté le critère suivant:

[TRADUCTION] Selon le critère établi à l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition*, il faut déterminer si la preuve justifierait l'incarcération pré-

crime had been committed in Canada. In my view, this is the same test as that which is applied at trial, when, at the conclusion of the Crown's case, a motion is made for a directed verdict.

This test was recognized in the unanimous judgment of the Federal Court of Appeal in *The Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*⁹. Mr. Justice Hugessen also made reference to the view expressed by the Chief Justice of the Northwest Territories (Sifton C.J.) sitting as an extradition judge in the case of *re Lattimer*¹⁰ where he said at p. 247:

The duty that is laid upon me is to consider as to whether the evidence that has been adduced in the absence of contradiction would be such as to justify a magistrate in a similar case under our law committing him for the purpose of standing his trial; practically it amounts to the same thing as if in a trial with a judge and jury, there was such evidence that the judge would not be justified in withdrawing the case from the jury.

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

In the present case, the evidence before the learned extradition judge was an affidavit of one Albert E. Herrmann made in the State of Wisconsin which disclosed that the respondent had been actively engaged in the drug trade in that State. The affidavit not only disclosed that the deponent had been an accomplice of the respondent in the alleged illegal operations of the respondent, but also that he had been indicted for narcotics offences in Wisconsin, and it then continues as follows:

ventive de Shephard si le crime allégué avait été perpétré au Canada. A mon avis, c'est le même critère que celui que l'on applique au procès, lorsque, à la fin de l'exposé du ministère public, on fait une requête visant à obtenir un verdict imposé.

Le jugement unanime de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez*⁹ reconnaît ce critère. Le juge Hugessen a aussi mentionné l'opinion qu'a exprimée le juge en chef Sifton des territoires du Nord-Ouest, siégeant en qualité de juge d'extradition dans l'affaire *re Lattimer*¹⁰. Il a dit à la p. 247:

[TRADUCTION] Il m'incombe de décider si, en l'absence d'éléments contraires, la preuve soumise permettrait à un magistrat, d'après notre droit et dans une affaire semblable, de procéder à son incarcération préventive en vue de son procès. En pratique, cela revient à peu près à la même chose que si, au cours d'un procès avec un juge et un jury, la preuve était telle qu'elle empêchait le juge de dessaisir le jury.

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

En l'espèce, la preuve soumise au savant juge d'extradition consiste en l'affidavit d'un certain Albert E. Herrmann, fait dans l'État du Wisconsin et révélant que l'intimé faisait le trafic de drogues dans cet État. L'affidavit dévoile non seulement que son signataire était associé aux opérations illégales de l'intimé, mais aussi qu'il avait été inculpé au Wisconsin pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, et poursuit:

⁹ [1973] F.C. 1206, 15 C.C.C. (2d) 56.

¹⁰ (1906), 10 C.C.C. 244.

⁹ [1973] C.F. 1206; 15 C.C.C. (2d) 56.

¹⁰ (1906), 10 C.C.C. 244.

An attorney has been appointed to represent me, and I am presently free on bond. I make this affidavit freely and voluntarily with full knowledge of my legal rights after the United States Attorney's office promised to dismiss all but one of the narcotics charges against me, which would be held open until after I had testified before the Grand Jury, and in any subsequent criminal prosecutions arising out of my Grand Jury testimony. The final narcotic charge against me would be dismissed upon my completion of all of my court appearances and testimony in criminal prosecutions against my co-conspirators.

In dealing with the grounds upon which the judge sitting at a trial should withdraw the case from the jury, the learned trial judge had occasion to say:

... it seems to me that *there is now a considerable body of jurisprudence and authority* to the effect that the trial judge can and should intervene to withdraw the case from the hands of the jurors where the Crown's evidence is so manifestly unreliable or of so doubtful or tainted a nature as to make it dangerous and unjust to put the accused to his defence on the basis thereof. (The italics are my own.)

For this proposition the authority cited is a passage from the judgment of Sir Lyman Duff in this Court in *R. v. Comba*¹¹, where he said at p. 397:

... the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that, in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly.

It is to be observed that there was no suggestion in the *Comba* case that any of the evidence called by the Crown was either tainted or unreliable. It came from witnesses whose integrity was at no time put in question and who testified as to a variety of circumstances which had excited enough suspicion against the accused to occasion his arrest and trial but which taken together did not establish his guilt in accordance with the accepted

[TRANSLATION] On a désigné un avocat pour me représenter et je suis actuellement en liberté sous caution. Je fais cet affidavit librement et de mon plein gré, informé de mes droits, après que le Bureau du Procureur général des États-Unis eût promis de ne retenir qu'un seul des chefs d'accusation de violation de la législation sur les stupéfiants, qui serait maintenu jusqu'à ce que j'aie témoigné devant le jury d'accusation (*Grand Jury*), et dans toutes poursuites subséquentes au criminel découlant de ma déposition devant le jury d'accusation. On abandonnerait les poursuites sous le dernier chef d'accusation porté contre moi, au terme de toutes mes comparutions devant les tribunaux et de mes dépositions au cours des poursuites au criminel engagées contre mes complices.

En traitant des motifs pour lesquels le juge du procès doit dessaisir le jury, le savant juge de première instance a déclaré:

[TRANSLATION] ... il me semble qu'aujourd'hui, *il existe un ensemble jurisprudentiel et doctrinal important* selon lequel le juge peut et doit intervenir pour dessaisir le jury quant la preuve de la Couronne est manifestement si peu digne de foi, de nature si douteuse ou si viciée qu'il devient dangereux ou injuste de contraindre l'inculpé à se défendre en se fondant sur elle. (Les italiques sont de moi.)

A l'appui de cette thèse, on cite un passage du jugement qu'a rendu sir Lyman Duff en cette Cour dans l'affaire *R. c. Comba*¹¹, où il a déclaré à la p. 397:

[TRANSLATION] ... sur demande de l'avocat du prisonnier présentée à la conclusion des témoignages à charge, le savant juge de première instance aurait dû dire au jury que vu la nature douteuse de la preuve, il serait dangereux de conclure à la culpabilité de l'inculpé, et aurait dû lui imposer, en conséquence, un verdict d'acquiescement.

Soulignons que dans l'affaire *Comba*, on n'a pas prétendu que la preuve soumise par le ministère public était viciée ou douteuse. L'intégrité des témoins n'a jamais été mise en doute; ils ont déposé sur divers faits qui faisaient peser suffisamment de soupçons sur l'accusé pour justifier son arrestation et son procès, mais qui, pris globalement, n'établissaient pas sa culpabilité conformément aux critères reconnus en matière de preuve

¹¹ [1938] S.C.R. 396.

¹¹ [1938] R.C.S. 396.

standards of proof in such cases which are described by Duff C.J. in the following passage:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

In the present case the Herrmann affidavit contained direct evidence which was inconsistent with any other rational conclusion than that Shephard had personally committed a criminal act, but the trial judge rejected his evidence as unworthy of belief whereas in the *Comba* case the evidence in question which was accepted as true was entirely circumstantial and did not meet the test required to support a guilty verdict. In my opinion there is no analogy between the two cases.

The trial judge did not find it necessary to make express reference to any of the cases constituting "a considerable body of jurisprudence and authority" to which he refers but was content with the statement that "a full review of the authorities may be found in the judgment of my brother Ouimet in the case of *Dimaulo Ciamarro and Tozzi*" an unreported judgment concerning the position of a judge in considering a motion to withdraw the case from the jury at the close of the prosecution evidence.

The judgment in the *Dimaulo* case is conveniently reproduced as an appendix to the respondent's factum and a consideration of the jurisprudence and authority there cited discloses that the learned judge relied in great measure on certain statements contained in an article by Mr. Glanville Williams in the *Criminal Law Review* (1965) and also some remarks made by Mr. Popple in his

dans les cas que le juge en chef Duff décrit dans l'extrait suivant:

[TRADUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

En l'espèce, l'affidavit de Herrmann contient une preuve directe, incompatible avec toute autre conclusion logique que la perpétration par Shephard lui-même d'un acte criminel, mais le juge de première instance a rejeté son témoignage ne l'estimant pas digne de foi, alors que, dans l'affaire *Comba*, la preuve qui avait été jugée digne de foi était entièrement indirecte et ne répondait pas aux critères requis pour prononcer un verdict de culpabilité. A mon avis, il n'existe aucune analogie entre les deux affaires.

Le juge de première instance n'a pas jugé nécessaire de donner d'exemples précis de cet «ensemble jurisprudentiel et doctrinal important» auquel il faisait allusion, et s'est contenté de dire [TRADUCTION] «Mon collègue le juge Ouimet fait une étude exhaustive des arrêts et ouvrages pertinents dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Dimaulo Ciamarro et Tozzi*», un jugement non publié traitant de la situation dans laquelle se trouve un juge lorsqu'à la clôture de la présentation de la preuve du ministère public, on lui demande de dessaisir le jury.

L'arrêt *Dimaulo* est reproduit en annexe au factum de l'intimé et la jurisprudence et les ouvrages qui y sont cités révèlent que le savant juge s'est fondé en grande partie sur certaines déclarations contenues dans un article de Glanville Williams publié dans la *Criminal Law Review* (1965) ainsi que sur quelques observations de Popple dans son ouvrage sur la preuve. Les arrêts canadiens cités

work on evidence. The Canadian authorities which are cited, (i.e. *R. v. Knox*¹², *R. v. Gaudet*¹³, *R. v. Pearce*¹⁴ and *R. v. Sawrenko*¹⁵) are all cases in which the learned judge found that the evidence which was entirely circumstantial did not satisfy the rule in *Hodge's Case*¹⁶, as reiterated by Chief Justice Duff in the *Comba* case. All these cases are clearly distinguishable from the present one on the same ground as *R. v. Comba* and in my opinion they do not constitute "a . . . body of jurisprudence and authority" affecting the problem in the present case, nor do I regard the observations of the text writers to which reference is made as justifying any conclusion to the effect that the trustworthiness or credibility of the tendered evidence is a matter for the judge rather than the jury.

In his judgment in *Dimaulo*, Mr. Justice Ouimet also refers to but does not appear to follow, the case of *Girvin v. The King*¹⁷, where the then Chief Justice of this Court in my opinion correctly stated the general rule governing the decision of a judge to withdraw a case from the jury at the close of the prosecution evidence. The chief Justice there said:

I have always understood the rule to be that the Crown, in a criminal case, is not required to do more than produce evidence which, if unanswered, and believed, is sufficient to raise a *prima facie* case upon which the jury might be justified in finding a verdict.

Mr. Justice Hugessen, in the course of his reasons for judgment, appears to adopt some language found in a practice direction given by Lord Parker, L.C.J., in 1962 *Criminal L.R.* at p. 160 where he says that:

A submission that there is no case to answer may properly be made and upheld . . . when the evidence adduced by the prosecution has been so discredited as the result of cross-examination or is so manifestly unreliable that no reasonable tribunal could safely convict upon it.

(*R. v. Knox*¹², *R. v. Gaudet*¹³, *R. v. Pearce*¹⁴ et *R. v. Sawrenko*¹⁵) sont tous des arrêts dans lesquels le savant juge a statué que la preuve était entièrement indirecte et ne satisfaisait pas à la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*¹⁶, reprise par le juge en chef Duff dans l'arrêt *Comba*. Comme l'arrêt *R. c. Comba*, et pour les mêmes raisons, toutes ces affaires se distinguent clairement de celle qui nous intéresse et j'estime qu'elles ne constituent pas «un ensemble jurisprudentiel et doctrinal important» ayant une portée sur le problème en l'espèce; je ne pense pas non plus que les observations des auteurs mentionnés justifient la conclusion selon laquelle c'est le juge et non le jury qui doit décider de la véracité ou de la crédibilité de la preuve soumise.

Dans l'affaire *Dimaulo* le juge Ouimet renvoie—sans toutefois le suivre—à l'arrêt *Girvin c. Le Roi*¹⁷, dans lequel, à mon avis, le juge en chef de cette Cour, à l'époque, a correctement énoncé la règle générale régissant la décision d'un juge de dessaisir un jury à la clôture des témoignages à charge. Le Juge en chef a dit:

[TRADUCTION] J'ai toujours interprété la règle comme voulant que l'obligation du ministère public, au criminel, se limite à produire des preuves qui, si elles sont crues et non réfutées, suffisent à établir une présomption permettant au jury de prononcer un verdict.

Le juge Hugessen, dans ses motifs, reprend ce que disait le juge en chef lord Parker dans une directive sur la pratique publiée dans 1962 *Criminal L.R.* à la p. 160, lorsqu'il déclare que:

[TRADUCTION] On peut légitimement prétendre que le bien-fondé de la poursuite n'a pas été établi . . . lorsque la preuve soumise par celle-ci a été à ce point mise en doute par le contre-interrogatoire ou qu'elle est si manifestement indigne de foi qu'aucun tribunal ne pourrait raisonnablement rendre un verdict de culpabilité en se fondant sur elle.

¹² [1968] 2 C.C.C. 348.

¹³ [1971] 2 C.C.C. 418.

¹⁴ (1963), 40 C.R. 75.

¹⁵ (1971), 4 C.C.C. (2d) 33.

¹⁶ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

¹⁷ (1911), 45 S.C.R. 167.

¹² [1968] 2 C.C.C. 348.

¹³ [1971] 2 C.C.C. 418.

¹⁴ (1963), 40 C.R. 75.

¹⁵ [1971] 4 C.C.C. (2d) 338.

¹⁶ (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

¹⁷ (1911), 45 R.C.S. 167.

The learned trial judge appears to treat the words "manifestly unreliable" as synonymous with the word "dubious" as it is used in the *Comba* judgment, and he also relies on an extract from the judgment of Mr. Justice Thurlow in the *Hernandez* case, *supra*, where he said of the duty of an extradition judge:

I do not regard it as possible, however, for an extradition judge to perform his function without having some regard for the obvious weight or lack of weight of testimony put before him. He must, I think, weigh it in a rough scale to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support.

To the extent that the quotation from Parker L.C.J. could have any bearing on the present inquiry, I think it should be observed that it is in no way binding on this or any other Canadian Court, and I am bound to say that I disagree with the remarks of Thurlow J., if they are intended to mean that the extradition judge is seized with the duty to weigh the evidence for the purpose of determining whether or not it is credible. Credibility in my view must always be a question for the jury and if the function of an extradition judge is equivalent to that of a judge in determining whether or not a case should be left to the jury, it follows that credibility is not within his sphere.

The governing principle was stated by Buller J., as long ago as 1788 when he said in *R. v. Atwood and Robbins*¹⁸, at pp. 465-6 that if the ground for objection goes only to the credit of the witness

... his testimony must be received and left with the jury under such directions and observations from the Court as the circumstances of the case may require, to say whether they think it sufficiently credible to guide their decision.

In the present case, Herrmann was, of course, an accomplice and the rule as to "directions and observations" which the Court should give under such circumstances was correctly stated in the judgment of the learned trial judge where he says:

What can I say about this evidence? First of all, it is evidence of an accomplice, and I would, therefore, were I presiding the trial of Shephard, have to instruct the

¹⁸ (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334.

Le savant juge de première instance semble considérer que l'expression «manifestement indigne de foi» est synonyme du qualificatif «douteux» au sens où l'entend l'arrêt *Comba*, et il s'appuie également sur ce que dit le juge Thurlow dans l'affaire *Hernandez* (précitée) à propos du devoir d'un juge d'extradition:

Toutefois, je ne considère pas qu'il soit possible pour un juge d'extradition d'exercer ses fonctions sans tenir compte du poids ou du manque de poids manifestes d'un témoignage qui lui est soumis. J'estime qu'il lui appartient de l'évaluer approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer.

Dans la mesure où la citation du juge en chef lord Parker est pertinente en l'espèce, je crois devoir souligner qu'elle ne lie ni cette Cour ni aucun autre tribunal canadien. Je dois dire aussi que je ne suis pas d'accord avec les observations du juge Thurlow si elles signifient que le juge d'extradition est tenu d'évaluer la preuve pour en déterminer la crédibilité. J'estime que c'est au jury de le faire et si la fonction d'un juge d'extradition est la même que celle d'un juge qui doit décider s'il y a lieu de laisser au jury le soin de rendre le verdict, il s'ensuit que la question de la crédibilité n'est pas de son ressort.

En 1788, le juge Buller a exposé le principe directeur en la matière lorsqu'il a déclaré dans l'arrêt *R. v. Atwood and Robbins*¹⁸, aux pp. 465 et 466, que si l'on ne conteste que la crédibilité du témoin

[TRADUCTION] ... il faut recevoir sa déposition et, après avoir adressé les directives et les remarques appropriées dans les circonstances, il faut laisser au jury le soin de décider si le témoignage lui semble suffisamment digne de foi pour guider sa décision.

En l'espèce, ne l'oublions pas, Herrmann était un complice et la décision du savant juge de première instance expose avec justesse la règle relative aux «directives et aux remarques» que le tribunal doit énoncer dans de telles circonstances:

[TRADUCTION] Que puis-je dire au sujet de cette preuve? Tout d'abord, c'est la déposition d'un complice, et par conséquent, si je présidais le procès de Shephard,

¹⁸ (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334.

jury that it would be dangerous for them to convict upon such evidence alone, since there is no shred of corroboration tending to show the commission of an offence. This fact alone would not, of course, be enough to justify a refusal to commit at preliminary enquiry since an instruction that it would be dangerous to convict without corroboration necessarily implies that it would still be possible to do so.

Mr. Justice Hugessen, however, went on to hold in effect that the Herrmann evidence was so manifestly unreliable as to justify him in treating it as "not being sufficient" within the meaning of s. 475(1) of the *Criminal Code*. In support of this conclusion, the trial judge quoted a passage from a judgment of Parker L.C.J. in the case of *R. v. Pipe*¹⁹, at p. 21, where that learned judge was careful to limit his observations to the circumstances of the particular case before him. The trial judge appears to interpret the passage which he cites from that case as meaning that where a man is not only an accomplice but also one against whom proceedings have been brought and not concluded, his evidence may be so suspect as to warrant a judge in withdrawing the case from the jury, but it appears to me to be unnecessary to consider the *Pipe* case in any detail because of the concession made by Mr. Justice Hugessen, rightly in my view, where he said:

I am prepared to concede that the case of PIPE goes further than the Canadian practice and that, in this country, the mere fact that an accomplice has charges pending against him does not render bad a conviction based upon the testimony of such accomplice.

The learned trial judge, however, went on to cite the unreported judgment of his brother Shorteno in the case of *R. v. Coe* as establishing that evidence such as that of Herrmann "is tainted beyond redemption and cannot in a legal sense be weighed by the jury because the witness is no longer a *free agent* and there is no standard by which his veracity may be tested or estimated."

These observations, made by a single judge in withdrawing the case from the jury, appear to me to constitute the only Canadian authority for Mr. Justice Hugessen's conclusion and it is to be

je devrais prévenir le jury du danger de conclure à la culpabilité sur la seule foi de ce témoignage puisqu'il n'existe pas la moindre preuve corroborante tendant à démontrer la perpétration d'un crime. Naturellement, ce seul fait ne suffirait pas à justifier qu'on refuse à l'enquête préliminaire de faire subir un procès à l'inculpé, car instruire le jury du danger de condamner en l'absence de preuves corroborantes implique nécessairement qu'il serait possible de le faire.

Cependant, le juge Hugessen a en fait conclu que le témoignage de Herrmann était manifestement si peu digne de foi qu'il lui était permis de le considérer comme «n'étant pas suffisant» au sens du par. (1) de l'art. 475 du *Code criminel*. A l'appui de cette conclusion, le juge de première instance a cité un passage du jugement du juge en chef lord Parker dans l'affaire *R. v. Pipe*¹⁹, à la p. 21, où le savant juge avait pris soin de limiter ses remarques aux circonstances particulières de l'affaire dont il était saisi. Le premier juge semble interpréter l'extrait qu'il cite comme signifiant que lorsqu'un témoin est non seulement un complice mais fait lui-même l'objet de procédures encore pendantes, son témoignage peut être à ce point suspect que le juge est autorisé à dessaisir le jury. Toutefois, il me paraît inutile d'étudier l'arrêt *Pipe* en profondeur puisque le juge Hugessen a concédé ce qui suit, avec raison à mon avis:

[TRADUCTION] Je veux bien concéder que l'arrêt PIPE va plus loin que la pratique au Canada et que, dans notre pays, le seul fait qu'un complice soit sous le coup d'inculpations encore pendantes ne rend pas irrégulière une condamnation fondée sur son témoignage.

Cependant, le juge de première instance cite ensuite la décision non publiée de son collègue le juge Shorteno dans l'affaire *R. c. Coe*, comme établissant qu'un témoignage comme celui d'Herrmann [traduction] «est irrémédiablement vicié et, d'un point de vue juridique, le jury ne peut l'évaluer parce que le témoin n'agit plus *en toute liberté* et sa bonne foi ne peut se mesurer à aucun critère».

Ces remarques faites par un seul juge en dessaisissant le jury me semblent constituer la seule jurisprudence canadienne sur laquelle le juge Hugessen peut fonder sa conclusion. Il faut souli-

¹⁹ (1966), 51 Cr. App. R. 17.

¹⁹ (1966), 51 Cr. App. R. 17.

observed that he reached this conclusion notwithstanding the judgment of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Caulfield*²⁰, where Mr. Justice Cairns observed:

The fact that . . . a co-accused, gave evidence under the protection of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, before being sentenced, but after pleading guilty, does not render the conviction bad. We agree that it is not a practice that should be followed but should be discouraged, but provided the tribunal, if a jury, is warned of the dangers of this, or a Judge sitting alone realizes them, as he did in this case where he warned himself specifically of the dangers of accepting this evidence, it is not fatal to the conviction.

Of even greater significance is the judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada in *R. v. Williams*²¹, a case in which leave to appeal to this Court was refused last December. In that case, McIntyre J., speaking for the majority of the Court, cited the last-quoted passage from Mr. Justice Cairns' judgment and endorsed it in the clearest terms saying: "I accept this as a correct statement of the law". McIntyre J., had already stated that, at p. 11:

While the practice of calling an accomplice against whom unresolved legal proceedings are outstanding is to be frowned upon and even condemned involving as it does grave dangers in that a witness may be provided with a strong motive to colour his evidence or give false evidence I cannot say that such evidence is inadmissible nor that its reception will void a conviction. The effect of the Canadian decisions is to indicate that while such a step may affect the weight of evidence offered in this fashion it does not go to the question of admissibility.

In the same case, Mr. Justice Cattanach, speaking for himself, pointed out that Parker L.C.J. had stated in the *Pipe* case that an accomplice who admitted his guilt and testified under promise of immunity was nevertheless "a competent witness". As I have indicated, I think it must be accepted that Herrmann was a competent witness and that his evidence was admissible. The only remaining ground for the learned trial judge disregarding it must therefore be based on his view as to the

gner qu'il est arrivé à cette conclusion malgré le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Caulfield*²⁰, où le juge Cairns a observé:

[TRADUCTION] Le fait que . . . un coaccusé, ait témoigné sous la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, avant d'avoir été condamné mais après s'être avoué coupable, ne rend pas irrégulière sa déclaration de culpabilité. Nous reconnaissons que ce n'est pas là un usage à suivre mais plutôt à décourager; mais pourvu que le tribunal, ou le jury le cas échéant, soit avisé des dangers que cela comporte, ou que le juge siégeant seul s'en rende compte, comme il l'a fait en l'espèce quand il s'est spécialement mis en garde contre les dangers d'accepter ce témoignage, cela n'invalide pas la déclaration de culpabilité.

Encore plus important est le jugement du Tribunal d'appel des cours martiales du Canada dans *R. v. Williams*²¹. En décembre dernier, l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement à la présente Cour a été refusée. Le juge McIntyre, au nom de la majorité du Tribunal, s'est référé au passage précité de la décision du juge Cairns et y a souscrit de façon très claire en disant «c'est là un exposé correct du droit». A la p. 11, le juge McIntyre avait déjà déclaré:

Quoiqu'on doive désapprouver et même condamner la pratique de citer comme témoin un complice contre qui des poursuites judiciaires sont en cours, parce qu'elle comporte de graves dangers en ce qu'elle peut fournir au témoin une raison sérieuse de déformer la vérité ou de donner un faux témoignage, je ne peux pas dire qu'un tel témoignage est irrecevable ni que son admission entraînerait la nullité du verdict de culpabilité. Les décisions canadiennes indiquent qu'une telle mesure peut affecter la valeur du témoignage donné de cette façon, mais pas son admissibilité.

Dans la même affaire, le juge Cattanach, parlant en son propre nom, a souligné que le juge en chef lord Parker avait déclaré dans l'affaire *Pipe* qu'un complice qui reconnaissait sa culpabilité et témoignait après qu'on lui a promis d'abandonner les poursuites, était tout de même [TRADUCTION] «un témoin compétent». Comme je l'ai dit, il faut à mon avis admettre qu'Herrmann était un témoin compétent et que sa déposition était recevable. Le seul motif permettant au savant juge de première

²⁰ (1972), 10 C.C.C. (2d) 539.

²¹ (1975), 21 C.C.C. (2d) 1.

²⁰ (1973), 10 C.C.C. (2d) 539.

²¹ (1975), 21 C.C.C. (2d) 1.

credibility of the witness, and, as I have said, in my opinion that was a matter for the jury or for the trial judge sitting alone if there were no jury.

In endorsing the opinion of the extradition judge, Chief Justice Jackett rendered the judgment of the Court of Appeal, saying, in part:

I agree with the extradition judge that one type of case where an extradition judge should refuse to grant such a warrant is where a trial judge would feel obliged to direct a jury to bring in a verdict of acquittal and I agree, also, that 'where the Crown's evidence is so manifestly unreliable or of so doubtful or tainted a nature as to make it dangerous or unjust to put the accused to his defence on the basis thereof' is such a case. I do not accept the submission that the latter proposition is restricted to a case of circumstantial evidence.

... I am also of opinion that there is no fair distinction in principle between this case and *Puerto Rico v. Hernandez*; but I must not be taken as expressing any general opinion or enunciating any new principle concerning affidavits such as the one that was under consideration by the extradition judge.

With the greatest respect I cannot accept the proposition that a trial judge is ever entitled to take a case from the jury and direct an acquittal on the ground that, *in his opinion*, the evidence is "manifestly unreliable". If this were the law it would deprive the members of the jury of their function to act as the sole judges of the truth or falsity of the evidence and would thus, in my opinion, be contrary to the accepted role of the jury in our legal system.

I also differ from the learned Chief Justice of the Federal Court in that I consider there to be a clear distinction in principle between this case and that of *Hernandez*. In the latter case Mr. Justice Thurlow characterized the evidence which the extradition judge had found to be insufficient to justify the issuing of a warrant for extradition, in the following paragraph:

After having read and re-read the evidence of the witnesses, Atilano and Ortiz and after hearing the very able argument of counsel for the Commonwealth of Puerto Rico I am not persuaded that the evidence was

instance de n'en pas tenir compte doit par conséquent être fondé sur l'opinion qu'il se fait de la crédibilité du témoin et, comme je l'ai dit, j'estime que cette question relevait du jury ou du juge siégeant seul dans un procès sans jury.

En souscrivant à l'opinion du juge d'extradition, le juge en chef Jackett a prononcé le jugement de la Cour d'appel, disant notamment:

Je conviens avec le juge d'extradition qu'un tel juge doit refuser de lancer un mandat d'incarcération dans le genre de cas où un juge de première instance se sentirait obligé à donner instruction au jury de rendre un verdict d'acquiescement. Je conviens également qu'il s'agit d'un tel cas [TRADUCTION] «quand la preuve de la Couronne est manifestement si peu digne de foi, de nature si douteuse ou si viciée qu'il devient dangereux ou injuste de contraindre l'inculpé à se défendre en se fondant sur elle». Je rejette l'argument selon lequel cette dernière proposition s'applique seulement au cas où l'on invoque la preuve indirecte.

... Je suis également d'avis qu'on ne peut faire à bon droit une distinction de principe entre cette affaire et l'arrêt *Porto Rico c. Hernandez*; mais on ne doit pas en déduire que j'exprime une opinion générale, ni que j'énonce un principe nouveau concernant les affidavits tels que celui soumis au juge d'extradition.

Avec égards, je ne puis admettre qu'un juge de première instance puisse dessaisir le jury et imposer l'acquiescement parce que, *selon lui*, la preuve est «manifestement peu digne de foi». Si tel était le droit, les jurés seraient privés de la fonction qui est la leur d'agir comme seuls juges de la véracité de la preuve, ce qui, à mon avis, serait contraire au rôle reconnu du jury dans notre système judiciaire.

Je diffère aussi d'opinion avec le savant juge en chef de la Cour fédérale en ce que j'estime qu'il existe une nette distinction de principe entre l'affaire *Hernandez* et celle qui nous intéresse. Dans la première, le juge Thurlow a décrit dans le passage suivant la preuve que le juge d'extradition avait jugé insuffisante pour justifier la délivrance d'un mandat d'extradition:

Après plusieurs examens des témoignages d'Atilano et d'Ortiz et après avoir entendu l'excellente plaidoirie de l'avocat de l'État de Porto Rico, je ne suis pas convaincu que la preuve suffisait raisonnablement à justifier la

reasonably sufficient to warrant putting the respondent on trial. Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some sixty feet, if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than strengthen the identification made by Atilano at the hearing . . . Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

It thus appears to me clear that in that case it was held that there was not enough evidence to support a *prima facie* case against the accused and in fact that it was "inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence". It was upon this ground that the extradition judge in that case based his opinion as to insufficiency. In the present case, on the other hand, there was overwhelming evidence in the Herrmann affidavit to support the charge of conspiracy in the "distribution, dispensation and possession with intent to distribute of heroin" and "cocaine" contrary to the laws of the United States, so that the extradition judge's failure to issue an extradition warrant can have had nothing to do with the lack of enough evidence and must have been based entirely on his finding that any evidence given by a witness testifying under the inducements held out to Herrmann was "tainted beyond redemption" and could not in a legal sense be weighed by the jury at all. Such a finding overlooks the well-settled rule that the weighing of evidence is always a matter for the jury under proper instructions from the judge, and it forms no part of the function of a "justice" acting under s. 475 of the *Criminal Code* or that of an extradition judge in exercising his powers under *The Extradition Act*.

Having regard to all the above, it will be seen that I am of opinion that the extradition judge erred in principle in the manner in which he purported to exercise the discretion entrusted to him under sections 10(1) and 18(1)(b) of *The Extradition Act*. I would accordingly allow this appeal and order that the decision of the Federal

mise en accusation de l'intimé. De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce, à une distance d'à peu près soixante pieds. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano . . . Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Il me semble donc évident que, dans cette affaire, on a jugé que la preuve ne suffisait pas à étayer une présomption contre l'inculpé et, en fait, qu'il était «inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue». C'est sur ce moyen que le juge d'extradition s'est fondé dans ce cas pour conclure à l'insuffisance de la preuve. Par contre, en l'instance, l'affidavit de Herrmann suffit amplement à étayer l'accusation de complot en vue de la «distribution, de la revente et de la possession avec l'intention de distribuer de l'héroïne» et de la «cocaine» contrairement aux lois des États-Unis. Le refus du juge d'extradition de délivrer un mandat d'extradition n'a donc rien à voir avec l'insuffisance de la preuve, mais doit totalement reposer sur sa conclusion selon laquelle tout témoignage obtenu à la suite d'offres comme celles faites à Herrmann était «irréremédiablement vicié» et, du point de vue juridique, ne pouvait être évalué par le jury. Une telle décision ne tient pas compte de la règle bien établie voulant qu'il incombe au jury, correctement instruit de l'état du droit par le juge, d'apprécier la preuve et non pas à un juge de paix agissant en vertu de l'art. 475 du *Code criminel* ni à un juge d'extradition exerçant ses pouvoirs en vertu de la *Loi sur l'extradition*.

Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis que le juge d'extradition a commis une erreur de principe en exerçant comme il l'a fait les pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent le par. (1) de l'art. 10 et l'al. b) du par. (1) de l'art. 18 de la *Loi sur l'extradition*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi, d'infirmer l'arrêt de

Court of Appeal, as well as that of the extradition commissioner, be quashed and that the case be referred back to the extradition commissioner for a new consideration of the evidence in the light of the above.

Appeal allowed. LASKIN C.J. and SPENCE, DICKSON and BEETZ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Louis-Philippe Landry, Montreal.

Solicitors for the respondent: Blais & Leithman, Montreal.

la Cour d'appel fédérale et la décision du juge d'extradition, et d'ordonner le renvoi de l'affaire devant le juge d'extradition aux fins d'un nouvel examen de la preuve qui tienne compte de ce qui précède.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE, DICKSON et BEETZ étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Louis-Philippe Landry, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Blais & Leithman, Montréal.