

Minister of Justice of Canada *Appellant*

v.

Henry C. Fischbacher *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (JUSTICE) v. FISCHBACHER

Neutral citation: 2009 SCC 46.

File No.: 32842.

2009: June 16; 2009: October 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Extradition — Surrender — Powers of Minister — Misalignment test — U.S. seeking F’s extradition on charge of first degree murder — Extradition judge committing F for offence of second degree murder finding insufficient evidence on one element of Canadian offence of first degree murder — Minister of Justice surrendering F for American offence of first degree murder — Whether Minister must ensure alignment between foreign offence upon which person sought ordered to be surrendered and evidence adduced before extradition judge at committal hearing.

F was indicted on a charge of first degree murder in Arizona in relation to the death of his wife. The United States requested his extradition. The Minister of Justice authorized the request, identifying the corresponding Canadian offence in the authority to proceed as “murder, contrary to s. 231 of the *Criminal Code*” without particularizing the crime as first or second degree murder. The Attorney General proceeded to a committal hearing and the extradition judge committed F for the offence of second degree murder, finding no evidence of planning and deliberation to justify a committal for first degree murder under Canadian law. No appeal was taken from the committal order. The Minister subsequently ordered F’s surrender to face trial for first degree murder in the United States. F sought judicial review of the Minister’s decision. The Court of Appeal held that the principle of double criminality was met but, applying the “misalignment test”,

Ministre de la Justice du Canada *Appelant*

c.

Henry C. Fischbacher *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA (JUSTICE) c. FISCHBACHER

Référence neutre : 2009 CSC 46.

N° du greffe : 32842.

2009 : 16 juin; 2009 : 16 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Extradition — Remise à l’État requérant — Pouvoirs du ministre — Critère de la discordance — É.-U. demandant l’extradition de F pour meurtre au premier degré — Juge d’extradition ordonnant l’incarcération de F pour meurtre au deuxième degré après avoir jugé insuffisante la preuve de l’un des éléments de l’infraction de meurtre au premier degré en droit canadien — Ministre de la Justice ordonnant l’extradition de F pour l’infraction de meurtre au premier degré en droit américain — Le ministre est-il tenu à la concordance entre l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition de l’intéressé est ordonnée et la preuve produite devant le juge d’extradition à l’audience relative à l’incarcération?

F a été accusé de meurtre au premier degré en Arizona relativement au décès de sa femme. Les États-Unis ont demandé son extradition. Le ministre de la Justice a donné suite à la demande en prenant un arrêté introductif d’instance dans lequel il a indiqué que l’infraction canadienne correspondante était l’infraction de « meurtre prévue à l’art. 231 du *Code criminel* » sans préciser s’il s’agissait d’un meurtre au premier ou au deuxième degré. Le procureur général a demandé une audience relative à l’incarcération et le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de F pour meurtre au deuxième degré en l’absence d’une preuve de préméditation et de propos délibéré pouvant justifier l’incarcération pour meurtre au premier degré en droit canadien. L’ordonnance d’incarcération n’a pas été portée en appel. Le ministre a ensuite ordonné que F soit extradé pour subir son procès pour meurtre au premier degré aux États-Unis. F a demandé le contrôle judiciaire de

it held that it was unreasonable to order F's surrender for first degree murder in the absence of evidence of the essential element of premeditation at the committal proceeding. The court allowed the application for judicial review and remitted the matter to the Minister for reconsideration.

Held: The appeal should be allowed and the Minister's surrender order restored.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The principle of double criminality codified in s. 3 of the *Extradition Act* has two components, one foreign and one domestic. The foreign component requires that the offence upon which extradition is requested be criminal in the requesting state and carry the specified penalty. The domestic aspect requires that the conduct underlying the foreign offence amount to a criminal offence under Canadian law with the specified penalty. Consistent with prevailing international practice and the principle of comity, Canada has adopted a conduct-based approach to determining double criminality and, as a result, it is not necessary that the Canadian offence described in the authority to proceed or the committal order "match" the foreign offence for which the person is sought or surrendered in name or in terms of its constituent elements; it is the essence of the offence that is important under the conduct-based approach. [4] [29]

The role of the Minister and the breadth of his discretion in extradition matters can only be understood with reference to the legislative scheme established by the Act. The Minister, by authorizing extradition proceedings, establishes that the foreign component of double criminality is satisfied. The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met. The province of the extradition judge is limited to determining whether the evidence submitted at the committal hearing reveals conduct that would justify committal for trial in Canada for the crime listed in the authority to proceed, if the crime had occurred in Canada. The judge's role does not include any review of the foreign law. If the extradition judge concludes that the impugned conduct would amount to a criminal offence in Canadian law, the person sought must be committed for extradition. [35]

la décision du ministre. La Cour d'appel a statué que le principe de la double incrimination était respecté, mais elle a appliqué le critère de la « discordance » pour conclure qu'il était déraisonnable d'extrader F pour meurtre au premier degré en l'absence de preuve de l'élément essentiel de la préméditation à l'audience relative à l'incarcération. La cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêté d'extradition pris par le ministre est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le principe de la double incrimination codifié à l'art. 3 de la *Loi sur l'extradition* comporte deux volets, l'un étranger et l'autre interne. Le volet étranger exige que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition soit de nature criminelle dans l'État requérant et emporte la peine précisée. Le volet interne exige que les actes constituant l'infraction punissable à l'étranger correspondent à une infraction criminelle en droit canadien, sanctionnée par la peine précisée. Conformément à la pratique internationale courante et au principe de la courtoisie, le Canada a adopté une approche fondée sur la conduite pour l'application du principe de la double incrimination. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'infraction canadienne indiquée dans l'arrêté introductif d'instance ou dans l'ordonnance d'incarcération « corresponde » à l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est demandée ou ordonnée, que ce soit par son appellation ou par ses éléments constitutifs; c'est l'essence de l'infraction qui importe selon l'approche fondée sur la conduite. [4] [29]

Le rôle et la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre en matière d'extradition ne peuvent être compris qu'en regard du régime législatif établi par la Loi. En autorisant la tenue de l'audience relative à l'incarcération, le ministre établit que le volet étranger de la double incrimination est respecté. L'audition de la demande d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté. La compétence du juge se limite à déterminer si la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès au Canada pour l'infraction indiquée dans l'arrêté introductif d'instance s'ils avaient été commis au Canada. Le rôle du juge d'extradition n'inclut aucun examen du droit étranger. Si le juge d'extradition conclut que la conduite reprochée équivaldrait à une infraction criminelle en droit canadien, l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition. [35]

Following committal, the Minister reviews the case in its entirety to determine whether to order the individual's surrender, and if so, on what basis. This requires the Minister to determine whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust to extradite the person sought. The Minister's general power to order or refuse surrender pursuant to s. 40(1) of the *Extradition Act* is subject to the provisions of the Act, the extradition treaty, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under s. 44(1)(a) of the Act, the Minister shall refuse to make a surrender order if he is satisfied that the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances. This requires the Minister to balance factors that militate in favour of surrender against those that counsel against it. If the Minister decides to surrender the person sought, his order under s. 58(b) must specify the offence or conduct for which the person is surrendered, but nothing in that section requires that the Minister match or "align" the surrender offence with that listed in the authority to proceed or the committal order, or with the evidence adduced at the hearing. [36-41]

The "misalignment" test is incompatible with three key components of extradition law. Requiring the Minister to assess the parity between the elements of the Canadian offence and the elements of the foreign offence amounts to adding an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process, and is inconsistent with the Act and the extradition treaty. Further, for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, or to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence, would amount to second-guessing the foreign state's assessment of its own law and would offend the underlying principle of comity. Lastly, the "misalignment" test is inconsistent with the role of the extradition judge defined by s. 29 of the Act, which specifies that the judge is to consider only the domestic side of double criminality, looking for evidence in respect of each element of the Canadian offence listed in the authority to proceed. [49-53]

Since the Minister was under no obligation to apply a misalignment test, his failure to do so cannot provide a basis for interfering with the surrender decision. When the reasonableness of the Minister's surrender decision is assessed having regard to all relevant circumstances

Après l'incarcération, le ministre révisé le dossier en entier pour décider s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelle base. Dans le cadre de cet examen, le ministre doit déterminer s'il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement injuste d'extrader l'intéressé. Le pouvoir général du ministre d'ordonner ou de refuser l'extradition en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur l'extradition* est assujéti aux dispositions de la Loi, du traité d'extradition et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 44(1)a de la Loi oblige le ministre à refuser de prendre un arrêté d'extradition s'il est convaincu que l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances. Pour décider si c'est le cas, le ministre doit mettre en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Si le ministre décide d'extrader l'intéressé, l'al. 58b) exige qu'il précise dans son arrêté l'infraction ou les actes pour lesquels l'intéressé sera extradé, mais ne l'oblige pas à assurer la correspondance ou la « concordance » entre, d'une part, l'infraction visée par l'extradition et, d'autre part, celle indiquée dans l'arrêté introductif d'instance ou dans l'ordonnance d'incarcération, ou la preuve présentée à l'audience. [36-41]

Le critère de la « discordance » est incompatible avec trois éléments clés du droit de l'extradition. Exiger du ministre qu'il analyse la similitude entre les éléments de l'infraction punissable à l'étranger et ceux de l'infraction correspondante au Canada équivaut à ajouter un critère fondé sur l'infraction pour l'application du principe de la double incrimination à l'étape finale de la procédure d'extradition, ce qui est incompatible avec la Loi et le traité d'extradition. De plus, le fait pour les autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise ou d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger équivaudrait à reconsidérer les conclusions de l'État étranger sur son propre droit et irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie. Enfin, le critère de la « discordance » est incompatible avec le rôle du juge d'extradition défini à l'art. 29 de la Loi, qui précise que le juge doit examiner uniquement le volet interne de la double incrimination, en cherchant des éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'infraction correspondante au Canada indiquée dans l'arrêté introductif d'instance. [49-53]

Étant donné que le ministre n'est pas obligé d'appliquer le critère de la « discordance », son omission à cet égard ne saurait fonder l'annulation de sa décision d'ordonner ou non l'extradition. L'appréciation de la raisonnable de la décision du ministre d'ordonner

and in accordance with the applicable provisions of the Act, there is no basis for interfering with his decision. [6] [58]

Per Fish J.: The Minister's broad discretion to order surrender is subject to judicial review pursuant to s. 57(7) of the *Extradition Act*. An absence of evidence on an undisputed element of the foreign offence for which surrender is ordered, without a reasonable explanation, may warrant judicial intervention. This view of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent, unanimous appellate court decisions. An absence of evidence on an essential element of the foreign offence for which surrender is ordered is an absence of evidence that the offence was committed. Neither comity nor conduct-based double criminality authorizes a surrender for trial on an offence for which there is no evidence. The *Extradition Act* is intended to prevent this from occurring. [60-61] [63-64] [73]

To permit the Minister to turn a blind eye to a total absence of evidence on an element of the foreign offence would create a total disconnect between the judicial and executive functions under the Act. These are different, but they are meant to complement and not to contradict one another. The judge and not the Minister determines whether the evidence adduced at the extradition hearing would warrant committal to trial on the Canadian offence set out by the Minister in the authority to proceed if that conduct had occurred in Canada. The judicial determination of whether or not to commit a person sought for extradition is made without reference to the foreign offence, but where a committal order rests on findings of fact that necessarily relate to the conduct of both the Canadian offence and the offence for which extradition is sought, those findings cannot be disregarded by the Minister. [70] [72] [75]

It is not reasonable to surrender a person sought for extradition without an explanation if there is no dispute as to the essential elements of the foreign offence and there is complete lack of evidence on one or more of the elements. The Minister normally should provide the explanation, however it may also appear from the materials before the court. Here, the Minister's explanation for the surrender order was inadequate, but the record provided a sufficient explanation. The Minister had before him an indictment by a grand jury, a warrant of arrest signed by a Superior Court judge from Arizona, and a Certification of the Record of the Case by a Deputy County Attorney of that state attesting to

l'extradition au regard de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux dispositions applicables de la Loi ne révèle aucune raison de la modifier. [6] [58]

Le juge Fish : L'exercice par le juge de son large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'extradition est susceptible de révision conformément au par. 57(7) de la *Loi sur l'extradition*. L'absence de preuve d'un élément non contesté de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée, sans explication raisonnable, peut justifier l'intervention du tribunal. Cette interprétation du droit trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes des juridictions d'appel. En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction. Ni la courtoisie ni la double incrimination fondée sur la conduite n'autorisent l'extradition aux fins d'un procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve. La *Loi sur l'extradition* vise à éviter que cela se produise. [60-61] [63-64] [73]

Permettre au ministre de fermer les yeux sur une absence totale de preuve d'un élément de l'infraction punissable à l'étranger créerait une rupture totale entre les fonctions judiciaires et exécutives établies par la Loi. Ces fonctions sont distinctes, mais elles sont censées se compléter et non se contredire. C'est le juge et non le ministre qui détermine si la preuve produite lors de l'audience relative à l'incarcération justifierait le renvoi à procès pour l'infraction canadienne désignée par le ministre dans l'arrêté introductif d'instance, si les actes avaient été commis au Canada. Le juge décide d'ordonner ou non l'incarcération de l'intéressé sans égard à l'infraction punissable à l'étranger, mais lorsque l'ordonnance d'incarcération repose sur des conclusions de fait qui touchent nécessairement les actes inhérents à la fois à l'infraction canadienne et à l'infraction visée par la demande d'extradition, le ministre ne peut faire abstraction de ces conclusions. [70] [72] [75]

Il n'est pas raisonnable d'extrader un intéressé sans explication lorsque les éléments essentiels de l'infraction punissable à l'étranger ne sont pas contestés et qu'il y a absence totale de preuve sur un ou plusieurs de ces éléments. Le ministre devrait normalement fournir une explication, mais celle-ci peut aussi se dégager de la preuve produite. En l'espèce, le ministre n'a pas fourni d'explication suffisante, mais le dossier même en offre une. Le ministre avait devant lui un acte d'accusation rapporté par le grand jury, un mandat d'arrêt signé par un juge de la Cour supérieure de l'Arizona et une certification du dossier d'extradition signée par un sous-procureur du comté dans cet État attestant que

the sufficiency of the evidence to support a conviction for first degree murder. Nothing in the findings of the extradition judge pursuant to the committal proceedings in Canada is inconsistent with the grand jury indictment, the warrant issued by the Superior Court in Arizona, or the certified opinion of the Deputy County Attorney. In these circumstances, surrendering F to face trial for first degree murder was not unreasonable. [79-80] [85-86] [88]

Cases Cited

By Charron J.

Not followed: *United States of America v. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiv; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481; *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121; **referred to:** *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *Norris v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103; *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201; *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *Canada (Minister of Justice) v. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, aff'd [1996] 1 S.C.R. 469.

By Fish J.

Referred to: *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481;

la preuve était suffisante pour étayer une condamnation pour meurtre au premier degré. Aucune conclusion tirée par le juge d'extradition à l'issue de la procédure d'incarcération au Canada n'est incompatible avec la mise en accusation par le grand jury, le mandat lancé par la Cour supérieure en Arizona ou l'opinion certifiée du sous-procureur du comté. Dans les circonstances, il n'était pas déraisonnable d'extrader F afin qu'il subisse son procès pour meurtre au premier degré. [79-80] [85-86] [88]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts non suivis : *United States of America c. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, autorisation de pourvoi refusée, [2006] 1 R.C.S. xiv; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481; *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Narayan c. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121; **arrêts mentionnés :** *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *McVey (Re)*, [1992] 1 R.C.S. 475; *Norris c. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103; *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *Canada (Minister of Justice) c. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, conf. par [1996] 1 R.C.S. 469.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481;

State v. Thompson, 204 Ariz. 471 (2003); *State v. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009).

Statutes and Regulations Cited

Ariz. Rev. Stat. §§ 13-603, 13-604, 13-703, 13-710, 13-1105.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231.

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), (2), 15, 23(2), 29, 33, 40(1), 43(1), 44, 46, 47, 48(1), 57(2), (7), 58, 71.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1.

Treaties and Other International Instruments

Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 2, 9, 10.

Authors Cited

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty and MacFarland J.J.A. and Kent J. (*ad hoc*), 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, 239 O.A.C. 211, 235 C.C.C. (3d) 45, [2008] O.J. No. 3029 (QL), 2008 CarswellOnt 4594, quashing a surrender order and remitting the matter to the Minister of Justice of Canada for further consideration. Appeal allowed.

Janet Henchey and Nancy Dennison, for the appellant.

Gregory Lafontaine and Vincenzo Rondinelli, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] Henry Fischbacher was indicted on a charge of first degree murder by a grand jury in Tucson, Arizona, in relation to the death of his wife. The United States has requested his extradition to stand

State c. Thompson, 204 Ariz. 471 (2003); *State c. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009).

Lois et règlements cités

Ariz. Rev. Stat. §§ 13-603, 13-604, 13-703, 13-710, 13-1105.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 3(1), (2), 15, 23(2), 29, 33, 40(1), 43(1), 44, 46, 47, 48(1), 57(2), (7), 58, 71.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1.

Traités et autres instruments internationaux

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 2, 9, 10.

Doctrine citée

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty et MacFarland et le juge Kent (*ad hoc*), 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, 239 O.A.C. 211, 235 C.C.C. (3d) 45, [2008] O.J. No. 3029 (QL), 2008 CarswellOnt 4594, qui a annulé un arrêté d'extradition et renvoyé l'affaire au ministre de la Justice du Canada pour réexamen. Pourvoi accueilli.

Janet Henchey et Nancy Dennison, pour l'appellant.

Gregory Lafontaine et Vincenzo Rondinelli, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Henry Fischbacher a été accusé de meurtre au premier degré par un grand jury à Tucson, en Arizona, relativement au décès de sa femme. Les États-Unis ont demandé son extradition pour qu'il

trial on that charge. The Minister of Justice (the “Minister”) authorized the extradition request to proceed to a committal hearing, identifying the Canadian offence corresponding to the alleged criminal conduct as “Murder, contrary to section 231 of the *Criminal Code*”, R.S.C. 1985, c. C-46. The extradition judge committed Mr. Fischbacher for the offence of second degree murder, finding no evidence of planning and deliberation sufficient to justify a committal for first degree murder under Canadian law. No appeal was taken from the committal order. The Minister then ordered Mr. Fischbacher’s surrender for the American offence of first degree murder, as requested by the United States.

[2] Mr. Fischbacher sought judicial review of the Minister’s decision before the Court of Appeal for Ontario. He conceded that he could be returned to the State of Arizona to face trial on a charge of second degree murder in accordance with the finding of the extradition judge, but argued that the Minister’s decision to surrender him on the charge of first degree murder was unreasonable. In support of this argument, Mr. Fischbacher relied on expert opinion evidence filed with the Minister indicating that, much as proof of planning and deliberation is required to constitute the offence of first degree murder in Canada, premeditation is a necessary element of the offence according to Arizona law. He also relied on appellate decisions that have concluded that a “misalignment” between the offence for which the Minister ordered surrender and the offence supported by the evidence at the committal hearing may render a surrender decision unreasonable: see, e.g., *United States of America v. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiv; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; and *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481.

subisse son procès relativement à cette accusation. Le ministre de la Justice (le « ministre ») a donné suite à la demande d’extradition en autorisant la tenue d’une audience relative à l’incarcération, indiquant que l’infraction canadienne qui correspondait à la conduite criminelle reprochée était l’infraction de [TRADUCTION] « Meurtre prévue à l’article 231 du *Code criminel* », L.R.C. 1985, ch. C-46. Le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de M. Fischbacher pour meurtre au deuxième degré, jugeant la preuve concernant la préméditation et le propos délibéré insuffisante pour justifier son renvoi à procès pour meurtre au premier degré en droit canadien. L’ordonnance d’incarcération n’a pas été portée en appel. Le ministre a alors ordonné l’extradition de M. Fischbacher pour meurtre au premier degré, comme le demandaient les États-Unis.

[2] M. Fischbacher s’est adressé à la Cour d’appel de l’Ontario pour demander le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Il a reconnu qu’il pouvait être renvoyé dans l’État de l’Arizona pour subir son procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré conformément aux conclusions du juge d’extradition, mais il soutenait que la décision du ministre de l’extrader relativement à l’accusation de meurtre au premier degré était déraisonnable. Pour étayer cet argument, M. Fischbacher s’est appuyé sur la preuve d’expert déposée devant le ministre selon laquelle, tout comme l’infraction de meurtre au premier degré exige la preuve de la préméditation et du propos délibéré au Canada, la préméditation est un élément essentiel de cette infraction selon le droit de l’Arizona. Il s’est également fondé sur des décisions d’appel statuant qu’une « discordance » entre l’infraction pour laquelle le ministre a ordonné l’extradition et l’infraction étayée par la preuve à l’audience relative à l’incarcération peut rendre la décision d’ordonner l’extradition déraisonnable : voir, p. ex., *United States of America c. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xiv; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; et *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481.

[3] The Court of Appeal accepted Mr. Fischbacher's argument: 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401. In its view, his attack on the surrender order did not engage the principle of double criminality, as contended by the Minister. Double criminality, which requires a finding that the conduct giving rise to the foreign charge also constitutes an offence under Canadian law, was "clearly" respected in this case (para. 16). The question, rather, was whether the Minister acted unreasonably in deciding that it was not unjust to order Mr. Fischbacher's surrender for the "clearly more serious allegation of first degree murder", in the circumstances (para. 41). Given the absence of any evidence on the essential element of premeditation at the committal proceeding, the Court of Appeal concluded that the Minister's decision was unreasonable. The matter was remitted to the Minister for reconsideration.

[4] In deciding how the principle of double criminality should be satisfied, it was open to Parliament to define the crimes for which extradition may be sought and ordered either in terms of the alleged conduct, or the elements of the foreign offence. Canada's chosen approach is unquestionably conduct-based. Thus, extradition is permitted when the conduct underlying the foreign offence, if it occurred in Canada, would constitute an offence in Canadian law, however named or characterized. So long as the offence also falls in the category of extraditable offences, defined by the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (the "Act"), double criminality is fulfilled. This approach is not only consistent with prevailing international practice, it also accords with the principle of comity which demands deference and respect for the laws of other nations.

[5] I respectfully disagree with the conclusion of the court below that Mr. Fischbacher's argument does not engage the principle of double criminality. The "misalignment" test invites the Minister

[3] La Cour d'appel a retenu l'argument de M. Fischbacher : 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401. Selon elle, sa contestation de l'arrêté d'extradition ne faisait pas intervenir le principe de la double incrimination, comme le prétendait le ministre. Le principe de la double incrimination, qui exige que la conduite ayant entraîné l'accusation à l'étranger constitue également une infraction sous le régime du droit canadien, était [TRADUCTION] « manifestement » respecté en l'espèce (par. 16). La question était plutôt de savoir si le ministre avait agi de façon déraisonnable en concluant qu'il n'était pas injuste d'ordonner l'extradition de M. Fischbacher pour [TRADUCTION] « l'accusation manifestement plus grave de meurtre au premier degré », dans les circonstances (par. 41). Vu l'absence de preuve de l'élément essentiel de la préméditation à l'audience relative à l'incarcération, la Cour d'appel a conclu que la décision du ministre était déraisonnable. L'affaire a été renvoyée au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen.

[4] En déterminant de quelle manière il fallait satisfaire au principe de la double incrimination, le législateur pouvait définir les crimes pour lesquels l'extradition peut être demandée et ordonnée en fonction soit de la conduite reprochée, soit des éléments de l'infraction punissable à l'étranger. L'approche choisie par le Canada est incontestablement fondée sur la conduite. Ainsi, l'extradition est permise lorsque les actes constituant une infraction à l'étranger, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient une infraction en droit canadien, peu importe sa désignation ou sa classification. Dans la mesure où l'infraction entre également dans la catégorie des infractions donnant lieu à l'extradition selon la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (la « Loi »), le principe de la double incrimination est respecté. Cette approche est non seulement compatible avec la pratique internationale courante, mais aussi conforme au principe de la courtoisie, qui commande la déférence et le respect à l'égard du droit des autres nations.

[5] En toute déférence, je ne souscris pas à la conclusion de la juridiction inférieure selon laquelle l'argument de M. Fischbacher ne fait pas intervenir le principe de la double incrimination. Le critère

to compare the foreign offence to its Canadian equivalent in a manner that is inconsistent with the conduct-based approach to double criminality. By requiring that the Minister satisfy himself that the conduct upon which the extradition judge found double criminality *also* establishes all the elements of the foreign offence, the “misalignment” test effectively imports an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process, an approach that is incompatible with both the Act and the relevant extradition treaty, the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (“*Treaty*”), in force March 22, 1976. As this case exemplifies, the “misalignment” test would require the Minister to effectively second-guess the foreign state’s assessment of its own law, an approach which also finds no support in the Act and which offends the fundamental principle of comity. Finally, the test conflicts with the circumscribed role of the extradition judge defined under the Act and affirmed by settled jurisprudence.

[6] That said, the Act gives the Minister a broad discretion on the question of surrender and, as I will explain below, differences between the jeopardy faced by the person sought in the foreign country and that which he would face in Canada in respect of the impugned conduct may be a relevant factor in the surrender decision in exceptional circumstances. Ultimately, however, the reasonableness of the Minister’s decision does not turn on whether the elements of the foreign offence “align” with the evidence adduced by the requesting state during the committal hearing. The reasonableness of the decision must be assessed having regard to all the relevant circumstances and in accordance with the applicable provisions of the Act. In the instant appeal, I see no basis for interfering with the Minister’s decision.

de la « discordance » invite le ministre à comparer l’infraction punissable à l’étranger à son équivalent en droit canadien d’une manière qui est incompatible avec l’approche de la double incrimination fondée sur la conduite. En effet, en exigeant que le ministre soit convaincu que la conduite sur laquelle le juge d’extradition s’est fondé pour conclure à la double incrimination établit *également* tous les éléments de l’infraction punissable à l’étranger, le critère de la « discordance » introduit un critère fondé sur l’infraction pour l’examen de la question de la double incrimination à l’étape finale de la procédure d’extradition. Or, cette approche est incompatible tant avec la Loi qu’avec le traité d’extradition applicable, soit le *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (« *Traité* »), entré en vigueur le 22 mars 1976. Comme la présente affaire le démontre, le critère de la « discordance » obligerait le ministre à reconsidérer les conclusions de l’État étranger sur son propre droit, une approche qui n’a aucun fondement dans la Loi et qui contrevient au principe fondamental de la courtoisie. Enfin, ce critère entre en conflit avec le rôle circonscrit du juge d’extradition défini dans la Loi et confirmé par une jurisprudence constante.

[6] Cela dit, la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire sur la question de l’extradition et, comme je l’expliquerai plus loin, les différences entre le risque que devrait affronter l’intéressé dans le pays étranger et celui auquel il serait exposé au Canada en raison des actes qu’on lui reproche peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, constituer un facteur pertinent dans la décision d’ordonner ou non l’extradition. Toutefois, la raisonabilité de la décision du ministre ne repose pas, en définitive, sur la question de savoir si les éléments de l’infraction punissable à l’étranger « concordent » avec la preuve présentée par l’État requérant lors de l’audience relative à l’incarcération. Il faut apprécier la raisonabilité de la décision en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux dispositions applicables de la Loi. Dans le présent pourvoi, je ne vois aucune raison de modifier la décision du ministre.

[7] For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the Minister's surrender order.

2. The Extradition Request and the Committal and Surrender Orders

[8] In October 2006, a grand jury in Tucson, Arizona, issued a criminal indictment charging Mr. Fischbacher with one count of first degree murder contrary to the Arizona *Criminal Code*, Ariz. Rev. Stat. §§ 13-1105, 13-603, 13-604, 13-703 and 13-710, in relation to the death of his wife, Lisa Fischbacher.

[9] The United States requested Mr. Fischbacher's extradition from Canada for the offence of first degree murder in December 2006, by way of diplomatic note.

[10] On January 8, 2007, the Minister issued an authority to proceed ("ATP") in accordance with s. 15 of the Act. The ATP sought the committal of Mr. Fischbacher for the corresponding Canadian offence of "Murder, contrary to section 231 of the *Criminal Code*" but did not particularize the crime as first or second degree murder.

[11] The judicial phase of the extradition process took place in June 2007 in the Ontario Superior Court of Justice. The evidence tendered at the hearing was comprised of the certified record of the case and certified amended record of the case filed by the United States, in conformity with s. 33 of the Act. At this time, it was confirmed that the Department of Justice had received assurances to the effect that the state of Arizona would not seek the death penalty in the event of conviction.

[12] The evidence contained in the record of the case alleges that on October 6, 2006, Mr. Fischbacher telephoned his sister and disclosed that the previous day he and his wife had an argument during which he punched his wife in the face and hit her on the back of the head with a flashlight, knocking her unconscious. Mr. Fischbacher stated that he dragged his unconscious wife from

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêté d'extradition du ministre.

2. La demande d'extradition, l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition

[8] En octobre 2006, à Tucson, en Arizona, un grand jury a déposé un acte d'accusation inculpant M. Fischbacher d'une infraction de meurtre au premier degré en vertu du *Criminal Code* de l'Arizona, Ariz. Rev. Stat. §§ 13-1105, 13-603, 13-604, 13-703 et 13-710, relativement au décès de sa femme, Lisa Fischbacher.

[9] Les États-Unis ont demandé, dans une note diplomatique, en décembre 2006, que M. Fischbacher soit extradé du Canada pour l'infraction de meurtre au premier degré.

[10] Le 8 janvier 2007, le ministre a pris un arrêté introductif d'instance (« AII ») en application de l'art. 15 de la Loi. L'AII demandait l'incarcération de M. Fischbacher pour l'infraction correspondante au Canada de [TRADUCTION] « Meurtre, prévue à l'article 231 du *Code criminel* », sans préciser s'il s'agissait d'un meurtre au premier ou au deuxième degré.

[11] L'étape judiciaire de la procédure d'extradition a eu lieu en juin 2007 devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. À l'audience, les États-Unis ont déposé en preuve deux dossiers d'extradition certifiés, l'un original et l'autre modifié, conformément à l'art. 33 de la Loi. À ce moment-là, il a été confirmé que le ministère de la Justice avait obtenu l'assurance que l'État de l'Arizona ne réclamerait pas la peine capitale si l'accusé était déclaré coupable.

[12] Il ressort de la preuve incluse dans le dossier d'extradition que le 6 octobre 2006, M. Fischbacher a téléphoné à sa sœur et lui a révélé que la veille, sa femme et lui s'étaient disputés. Il a raconté qu'il lui avait donné un coup de poing au visage et l'avait frappé derrière la tête avec une lampe de poche, et qu'elle s'était évanouie. M. Fischbacher a dit l'avoir traînée, inconsciente, de la chambre à coucher

the bedroom to the backyard pool, where he held her head underwater for several minutes until he believed she was dead. He fled his home around midnight, drove to the airport in Phoenix, Arizona, and flew to Buffalo, New York, where he leased a car and crossed the border into Canada.

[13] The record of the case further indicates that Ms. Fischbacher's body was discovered by police around 5 p.m. on October 6, 2006, floating face down in the backyard swimming pool at her home. An autopsy confirmed that Ms. Fischbacher died from asphyxia and multiple traumatic head injuries.

[14] Relying on the Canadian approach to determining whether an indictment is for first or second degree murder, the extradition judge decided that the Minister's selection of the word "murder" in the ATP must be taken to mean second degree murder in Canadian law. The United States requested that the judge authorize an amendment to the ATP pursuant to s. 23(2) of the Act, so that the corresponding Canadian offence would read "first degree murder" instead of "murder" *simpliciter*. The extradition judge concluded that planning and deliberation were necessary elements of the crime of first degree murder in Canada, and that there was no evidence of planning and deliberation in the record of the case. Accordingly, the request to amend the ATP was refused. The judge concluded, however, that the evidence was sufficient to establish a *prima facie* case of second degree murder. Pursuant to s. 71 of the Act, an order was issued for the committal of Mr. Fischbacher on the Canadian offence of second degree murder: [2007] O.J. No. 4235 (QL).

[15] No appeal was taken from the decision of the extradition judge.

[16] Following committal, it fell to the Minister to determine whether Mr. Fischbacher should be surrendered and, if so, for what offence. In accordance with s. 43(1) of the Act, Mr. Fischbacher made

jusqu'à la piscine dans la cour, et lui avoir maintenu la tête sous l'eau pendant plusieurs minutes jusqu'à ce qu'il la croie morte. Il s'est enfui de la maison vers minuit, s'est rendu en voiture à l'aéroport de Phoenix, en Arizona, et a pris l'avion pour Buffalo, dans l'État de New York, où il a loué une voiture et franchi la frontière canadienne.

[13] Le dossier d'extradition indique également que le corps de M^{me} Fischbacher a été retrouvé par la police vers 17 h le 6 octobre 2006, flottant sur le ventre dans la piscine derrière la maison. L'autopsie a confirmé que M^{me} Fischbacher est morte par asphyxie et par suite de multiples traumatismes crâniens.

[14] S'appuyant sur l'approche canadienne pour déterminer si l'acte d'accusation visait un meurtre au premier ou au deuxième degré, le juge d'extradition a conclu que le mot « meurtre » utilisé par le ministre dans l'AII devait être interprété comme désignant un meurtre au deuxième degré en droit canadien. Les États-Unis ont demandé au juge d'autoriser une modification à l'AII conformément au par. 23(2) de la Loi, de sorte que l'infraction correspondante au Canada soit désignée comme un « meurtre au premier degré », plutôt que comme un « meurtre » tout simplement. Le juge d'extradition a conclu que la préméditation et le propos délibéré étaient des éléments essentiels du meurtre au premier degré au Canada et que le dossier d'extradition ne contenait aucune preuve de ces éléments. Par conséquent, la demande de modification de l'AII a été rejetée. Le juge a toutefois conclu que la preuve était suffisante pour établir à première vue qu'il y avait eu meurtre au deuxième degré. Le juge a ordonné, en vertu de l'art. 71 de la Loi, l'incarcération de M. Fischbacher relativement à l'infraction correspondante au Canada de meurtre au deuxième degré : [2007] O.J. No. 4235 (QL).

[15] La décision du juge d'extradition n'a pas été portée en appel.

[16] Après l'incarcération, il revenait au ministre de déterminer si M. Fischbacher devait être extradé et, dans l'affirmative, pour quelle infraction. En application du par. 43(1) de la Loi, M. Fischbacher

submissions to the Minister on the question of surrender, taking the position that he could be surrendered for the American offence of second degree murder. Mr. Fischbacher supplied the Minister with an opinion from an Arizona lawyer that the element of premeditation necessary to make out first degree murder under Arizona law is akin to the planning and deliberation elements of first degree murder in Canada. Relying on *Reumayr* and *Gorcyca*, Mr. Fischbacher argued that a surrender order for first degree murder would “substantially exceed” the evidence supporting the committal order and was therefore unjust.

[17] On March 17, 2008, the Minister issued an order pursuant to s. 58 of the Act surrendering Mr. Fischbacher for the American offence of first degree murder, as requested by the United States. In his reasons for surrender, the Minister rejected Mr. Fischbacher’s submissions on the basis that the application of foreign law is a matter for the requesting state. The Minister stated that double criminality was established by virtue of Mr. Fischbacher’s committal for second degree murder, and the decision of the extradition judge did not preclude the Minister’s discretion to order surrender for the requested offence of first degree murder.

[18] Mr. Fischbacher sought judicial review of the Minister’s surrender order.

3. Judicial Review — Court of Appeal for Ontario

[19] Before the Court of Appeal for Ontario, Mr. Fischbacher acknowledged that the Act affords the Minister a broad discretion on the question of surrender, but pointed out that pursuant to s. 44(1)(a) of the Act, the Minister is obliged to refuse a request to surrender if he is satisfied that “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. Mr. Fischbacher argued that it was unreasonable for the Minister to

a présenté ses observations au ministre concernant son extradition, affirmant qu’il pouvait être extradé pour l’infraction de meurtre au deuxième degré en droit américain. M. Fischbacher a remis au ministre l’opinion d’un avocat de l’Arizona portant que la préméditation nécessaire pour que l’infraction constitue un meurtre au premier degré selon le droit de l’Arizona était semblable aux éléments essentiels de préméditation et de propos délibéré du meurtre au premier degré au Canada. S’appuyant sur les arrêts *Reumayr* et *Gorcyca*, M. Fischbacher a fait valoir qu’un arrêté d’extradition pour meurtre au premier degré viserait une infraction [TRADUCTION] « substantiellement plus grave » que celle étayée par la preuve présentée à l’appui de l’ordonnance d’incarcération et qu’il était donc injuste.

[17] Le 17 mars 2008, le ministre a pris un arrêté conformément à l’art. 58 de la Loi en vue d’extrader M. Fischbacher pour l’infraction de meurtre au premier degré en droit américain, comme le demandaient les États-Unis. Dans ses motifs justifiant l’extradition, le ministre a rejeté les observations de M. Fischbacher parce que l’application du droit étranger relevait de l’État requérant. Le ministre a affirmé que la double incrimination était établie du fait de l’incarcération de M. Fischbacher pour meurtre au deuxième degré, et que la décision du juge d’extradition ne l’empêchait pas d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’extradition pour l’infraction invoquée de meurtre au premier degré.

[18] M. Fischbacher a demandé le contrôle judiciaire de l’arrêté d’extradition pris par le ministre.

3. Contrôle judiciaire — Cour d’appel de l’Ontario

[19] Devant la Cour d’appel de l’Ontario, M. Fischbacher a reconnu que la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire sur la question de l’extradition, mais il a souligné que, suivant l’al. 44(1)(a) de la Loi, le ministre est tenu de refuser l’extradition s’il est convaincu que « l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». M. Fischbacher a soutenu qu’il était déraisonnable pour le ministre de conclure

conclude that it was not unjust to surrender him for first degree murder. The Minister's exercise of discretion was alleged to be unjust because the extradition judge determined that there was no evidence of planning and deliberation sufficient to satisfy all the elements of first degree murder. Mr. Fischbacher asked the court to quash the surrender order.

[20] The Court of Appeal agreed. Doherty J.A., writing for a unanimous court, found that Mr. Fischbacher's attack on the reasonableness of the Minister's decision did not engage the double criminality principle (para. 16) and was based "exclusively on what the case law describes as a 'misalignment' between the offence for which the Minister ordered the applicant surrendered and evidence adduced at the committal proceedings" (para. 21). Citing as authority for this "misalignment" rule the appellate cases of *Reumayr*, *Gorcyca*, *Saad* and *Kissel*, Doherty J.A. concluded that "differences between the offence in the surrender order and the offence for which the fugitive was committed will render the surrender order unreasonable only in limited circumstances" (para. 25). He defined these "limited circumstances" as those where no evidence of an essential element of the foreign charge is led at the committal hearing. To order the surrender of a person sought on a foreign charge in support of which there was no evidence before the extradition judge was deemed an unreasonable exercise of the Minister's discretion.

[21] In light of the principles drawn from the "misalignment" jurisprudence, Doherty J.A. was of the view that, given the conclusion of the committal judge that there was no evidence to support a finding of premeditation (which he implicitly accepted as equivalent to planning and deliberation in Canadian law), the Minister's decision to surrender Mr. Fischbacher on the charge of first degree murder was "presumptively unreasonable, unless there is some adequate explanation from the Minister" (para. 33). The surrender order was

qu'il n'était pas injuste de l'extrader pour meurtre au premier degré. Ainsi, la décision discrétionnaire du ministre serait injuste parce que le juge d'extradition a conclu à l'absence d'une preuve suffisante de préméditation et de propos délibéré pour établir tous les éléments du meurtre au premier degré. M. Fischbacher a demandé à la cour d'annuler l'arrêt d'extradition.

[20] La Cour d'appel lui a donné raison. Le juge Doherty, dans un jugement unanime, a conclu que la contestation de la raisonabilité de la décision du ministre par M. Fischbacher ne faisait pas intervenir le principe de la double incrimination (par. 16) et était fondée [TRADUCTION] « exclusivement sur ce que la jurisprudence appelle une "discordance" entre l'infraction pour laquelle le ministre a ordonné l'extradition du requérant et la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération » (par. 21). Citant les décisions d'appel *Reumayr*, *Gorcyca*, *Saad* et *Kissel* à l'appui de cette règle de la « discordance », le juge Doherty a conclu que les [TRADUCTION] « différences entre l'infraction indiquée dans l'arrêt d'extradition et l'infraction pour laquelle le fugitif a été incarcéré ne rendront l'arrêt d'extradition déraisonnable que dans des circonstances limitées » (par. 25). Selon lui, ces « circonstances limitées » sont celles où aucune preuve sur un élément essentiel de l'accusation portée à l'étranger n'est produite à l'audience relative à l'incarcération. Il estimait que le ministre, en ordonnant l'extradition d'un intéressé relativement à une accusation portée à l'étranger qui n'était étayée par aucun élément de preuve devant le juge d'extradition, avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable.

[21] Selon les principes qui se dégagent de la jurisprudence sur la « discordance », le juge Doherty était d'avis que, vu la conclusion du juge d'incarcération qu'aucune preuve ne permettait de conclure à la préméditation (dont il a implicitement reconnu l'équivalence avec les notions de préméditation et de propos délibéré en droit canadien), la décision du ministre d'extrader M. Fischbacher relativement à l'accusation de meurtre au premier degré était [TRADUCTION] « *a priori* déraisonnable, à moins que le ministre ne l'explique convenablement »

quashed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

[22] For the reasons that follow, it is my respectful view that the Court of Appeal erred in applying the “misalignment” test to conclude that it was unreasonable for the Minister to have surrendered Mr. Fischbacher for the requested offence of first degree murder.

4. Analysis

[23] Extradition from Canada is generally said to have two stages: one judicial and one executive: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 21. This case concerns the executive’s role, which bookends the judicial phase, as the Minister holds a discretionary power at the outset and the close of the extradition process.

[24] The issue in this appeal is whether, in exercising his discretion under the Act to order the surrender of a person sought at the final stage of the extradition process, the Minister is required to ensure “alignment” between the foreign offence upon which surrender is ordered and the evidence adduced at the extradition hearing. In order to properly assess the scope of the Minister’s discretion, it will be useful to review all the stages of Canada’s extradition procedure prior to addressing the specific issue raised by this appeal.

[25] Canada’s international obligation to surrender fugitives from justice to other states is a product of numerous treaties concluded with various extradition partners, including the *Treaty* between Canada and the United States, relevant to the present appeal. The *Extradition Act* implements Canada’s extradition treaties into domestic law so that, from a domestic standpoint, extradition is entirely “a creature of statute”: *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 508. Accordingly, the Minister’s role and breadth of his discretion can only be understood with reference to the legislative scheme established by the Act. I begin with some brief comments about

(par. 33). L’arrêté d’extradition a été annulé et l’affaire renvoyée au ministre pour qu’il procède à un nouvel examen.

[22] Pour les motifs exposés ci-après, j’estime avec égards que la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant le critère de la « discordance » pour conclure qu’il était déraisonnable de la part du ministre d’extrader M. Fischbacher pour l’infraction invoquée de meurtre au premier degré.

4. Analyse

[23] L’extradition du Canada comporte généralement deux étapes : l’une relevant du judiciaire, l’autre de l’exécutif : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 21. Le pourvoi porte sur le rôle de l’exécutif avant et après l’étape judiciaire, le ministre étant investi d’un pouvoir discrétionnaire qu’il exerce au début et à la fin de la procédure d’extradition.

[24] Il s’agit en l’espèce de déterminer si, en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi d’ordonner l’extradition d’un intéressé à l’étape finale de la procédure d’extradition, le ministre doit s’assurer de la « concordance » entre l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est ordonnée et la preuve présentée à l’audience d’extradition. Pour évaluer correctement la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre, il convient d’examiner toutes les étapes de la procédure d’extradition du Canada avant d’étudier la question particulière soulevée dans le pourvoi.

[25] L’obligation internationale du Canada de remettre aux autres États les fugitifs qui se soustraient à la justice résulte de nombreux traités d’extradition conclus avec divers partenaires, notamment le *Traité* entre le Canada et les États-Unis qui est applicable en l’espèce. La *Loi sur l’extradition* met en œuvre les traités d’extradition du Canada pour qu’ils s’appliquent en droit canadien, de sorte que, du point de vue du droit interne, l’extradition est entièrement « créée par la loi » : *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, p. 508. Par conséquent, on ne peut comprendre le rôle du ministre et l’étendue de son pouvoir discrétionnaire qu’en fonction

double criminality, a fundamental principle of the extradition process codified by the Act.

[26] Double criminality requires that the conduct forming the basis of the extradition request be criminal under the law of both the requesting and the requested countries. The purpose of double criminality is to safeguard the liberty of an individual whose extradition is sought by ensuring that he or she is not surrendered to face prosecution in another country for conduct that would not amount to a criminal offence in the country of refuge. This principle is internationally recognized as central to extradition law. Double criminality is a clause in all of Canada's extradition treaties (see, e.g., Articles 2 and 10 of the *Treaty*) and is codified in s. 3(1) of the Act:

3. (1) [General principle] A person may be extradited from Canada in accordance with this Act and a relevant extradition agreement on the request of an extradition partner for the purpose of prosecuting the person or imposing a sentence on — or enforcing a sentence imposed on — the person if

(a) subject to a relevant extradition agreement, the offence in respect of which the extradition is requested is punishable by the extradition partner, by imprisoning or otherwise depriving the person of their liberty for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment; and

(b) the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada,

(i) in the case of a request based on a specific agreement, by imprisonment for a maximum term of five years or more, or by a more severe punishment, and

(ii) in any other case, by imprisonment for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment, subject to a relevant extradition agreement.

[27] As the term implies, double criminality has two components, one foreign and one domestic. Section 3(1)(a) codifies the foreign aspect of

du régime législatif établi par la Loi. Je ferai tout d'abord certains commentaires au sujet de la double incrimination, un principe fondamental de la procédure d'extradition codifié par la Loi.

[26] La double incrimination exige que la conduite sur laquelle repose la demande d'extradition soit criminelle à la fois selon le droit de l'État requérant et selon celui de l'État requis. Le principe de la double incrimination vise à protéger la liberté de l'intéressé en empêchant qu'il soit extradé vers un autre État pour y être traduit en justice pour des actes qui ne constitueraient pas une infraction criminelle dans son pays d'accueil. Ce principe est reconnu à l'échelle internationale comme essentiel en droit de l'extradition. Le principe de la double incrimination est prévu dans tous les traités d'extradition du Canada (voir, p. ex., les art. 2 et 10 du *Traité*) et est codifié au par. 3(1) de la Loi :

3. (1) [Principe général] Toute personne peut être extradée du Canada, en conformité avec la présente loi et tout accord applicable, à la demande d'un partenaire pour subir son procès dans le ressort de celui-ci, se faire infliger une peine ou y purger une peine si :

a) d'une part, l'infraction mentionnée dans la demande est, aux termes du droit applicable par le partenaire, sanctionnée, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement ou une autre forme de privation de liberté d'une durée maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère;

b) d'autre part, l'ensemble de ses actes aurait constitué, s'ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien :

(i) dans le cas où un accord spécifique est applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus ou par une peine plus sévère,

(ii) dans le cas contraire, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère.

[27] Comme l'expression l'indique, la double incrimination comporte deux volets, l'un étranger et l'autre interne. L'alinéa 3(1)a), codifie le volet

double criminality by requiring that the offence upon which extradition is requested be criminal in the requesting state and carry the specified penalty. Paragraph (b) of s. 3(1) describes the domestic aspect of double criminality, which requires that the conduct underlying the foreign offence amount to a criminal offence under Canadian law with the specified penalty. Both elements must be satisfied before double criminality is made out.

[28] In theory, double criminality may be satisfied on one of two possible approaches: a conduct-based or an offence-based test. In *Norris v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103, the House of Lords considered these methodologies for interpreting extradition legislation (at para. 65):

[I]t is useful to stand back from the detail and recognise the essential choice that the legislature makes in deciding just what the double criminality principle requires. It is possible to define the crimes for which extradition is to be sought and ordered (extradition crimes) in terms either of conduct or of the elements of the foreign offence. That is the fundamental choice. The court can be required to make the comparison and to look for the necessary correspondence either between the offence abroad (for which the accused's extradition is sought) and an offence here, or between the conduct alleged against the accused abroad and an offence here. For convenience these may be called respectively the offence test and the conduct test. It need hardly be pointed out that if the offence test is adopted the requested state will invariably have to examine the legal ingredients of the foreign offence to ensure that there is no mismatch between it and the supposedly corresponding domestic offence.

[29] Consistent with the vast majority of international practice, Canada has adopted the conduct-based approach to determining double criminality, codified in s. 3(2) of the Act:

(2) [Conduct determinative] For greater certainty, it is not relevant whether the conduct referred to in

étranger de la double incrimination en exigeant que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition soit de nature criminelle dans l'État requérant et emporte la peine qui y est précisée. L'alinéa 3(1)b) décrit le volet interne de la double incrimination, selon lequel les actes constituant l'infraction punissable à l'étranger doivent correspondre à une infraction criminelle en droit canadien, sanctionnée par la peine qui y est précisée. Pour respecter le principe de la double incrimination, il faut satisfaire à ces deux volets.

[28] En théorie, la double incrimination peut être établie soit en fonction de la conduite, soit en fonction de l'infraction. Dans *Norris c. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103, la Chambre des lords a examiné ces méthodes d'interprétation de la législation en matière d'extradition (par. 65) :

[TRADUCTION] [I] convient de se détacher des détails et de reconnaître le choix essentiel que fait le législateur lorsqu'il détermine les exigences du principe de la double incrimination. Il est possible de définir les crimes pour lesquels l'extradition est demandée et ordonnée (crimes donnant lieu à l'extradition) en fonction soit de la conduite, soit des éléments de l'infraction punissable à l'étranger. C'est là le choix fondamental. La cour peut être tenue de procéder à une comparaison et d'analyser la concordance nécessaire entre l'infraction punissable à l'étranger (pour laquelle l'extradition de l'accusé est demandée) et une infraction qui existe ici, ou entre la conduite reprochée à l'accusé à l'étranger et une infraction qui existe ici. Par souci de commodité, on peut parler respectivement du test fondé sur l'infraction et du test fondé sur la conduite. Il va sans dire que le choix du test fondé sur l'infraction obligera inmanquablement l'État requis à examiner les éléments juridiques de l'infraction punissable à l'étranger pour s'assurer qu'il n'y a pas de discordance entre elle et l'infraction censément correspondante dans notre pays.

[29] Suivant la pratique de loin la plus courante à l'échelle internationale, le Canada a adopté l'approche fondée sur la conduite pour établir la double incrimination, codifiée au par. 3(2) de la Loi :

(2) [Primauté des faits sur les appellations] Il est entendu que la concordance entre l'appellation

subsection (1) is named, defined or characterized by the extradition partner in the same way as it is in Canada.

As a result, it is not necessary that the Canadian offence described in the ATP or the committal order “match” the foreign offence for which the person is sought or surrendered in name or in terms of its constituent elements; it is “the essence of the offence” that is important on the conduct-based approach: A. W. La Forest, *La Forest’s Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at p. 69.

[30] The extradition process begins when a request for extradition from Canada is made to the Minister in accordance with Article 9 of the *Treaty*. The Minister decides whether to authorize the request to proceed to a committal hearing in accordance with s. 15(1) of the Act, which sets out the Minister’s power as follows:

15. (1) The Minister may, after receiving a request for extradition and being satisfied that the conditions set out in paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) are met in respect of one or more offences mentioned in the request, issue an authority to proceed that authorizes the Attorney General to seek, on behalf of the extradition partner, an order of a court for the committal of the person under section 29.

In making the determination required by ss. 15(1) and 3(1)(a) of the Act, the Minister will necessarily consider the law of the foreign state, which is provided as part of the extradition request under Article 9 of the *Treaty*. The Minister must satisfy himself that the alleged conduct described in the extradition request is criminal in the foreign jurisdiction, and that the associated penalty meets the threshold established by s. 3(1)(a), or the relevant treaty, where applicable. In other words, the Minister must determine, in accordance with s. 3(1)(a), whether the foreign component of double criminality is satisfied. If so, he will issue an ATP pursuant to s. 15.

[31] An ATP permits the Attorney General, acting on behalf of the extradition partner, to initiate

juridique, la désignation, la classification ou la définition donnée à l’ensemble des actes de l’intéressé par le droit canadien et celle donnée par le droit applicable par le partenaire n’est pas prise en compte.

Par conséquent, il n’est pas nécessaire que l’infraction canadienne indiquée dans l’AII ou dans l’ordonnance d’incarcération « corresponde » à l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est demandée ou ordonnée, que ce soit par son appellation ou par ses éléments constitutifs; c’est [TRADUCTION] « l’essence même de l’infraction » qui importe selon l’approche fondée sur la conduite : A. W. La Forest, *La Forest’s Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), p. 69.

[30] La procédure d’extradition débute lorsqu’une demande d’extradition du Canada est présentée au ministre conformément à l’art. 9 du *Traité*. Le ministre décide s’il convient d’autoriser la tenue d’une audience relative à l’incarcération conformément au par. 15(1) de la Loi, qui énonce ainsi le pouvoir du ministre :

15. (1) Le ministre peut, après réception de la demande d’extradition, s’il est convaincu qu’au moins une infraction satisfait aux conditions prévues à l’alinéa 3(1)a) et au paragraphe 3(3), prendre un arrêté introductif d’instance autorisant le procureur général à demander au tribunal, au nom du partenaire, la délivrance de l’ordonnance d’incarcération prévue à l’article 29.

Lorsqu’il rend la décision requise par le par. 15(1) et l’al. 3(1)a) de la Loi, le ministre doit nécessairement examiner le droit de l’État étranger, en se référant aux dispositions législatives qui accompagnent la demande d’extradition conformément à l’art. 9 du *Traité*. Le ministre doit être convaincu que la conduite décrite dans la demande d’extradition est criminelle dans le ressort étranger et qu’elle est sanctionnée par une peine qui répond aux exigences établies à l’al. 3(1)a) ou au traité applicable, le cas échéant. Autrement dit, le ministre doit déterminer, conformément à l’al. 3(1)a), si le volet étranger de la double incrimination est respecté. Dans l’affirmative, il prend un AII au titre de l’art. 15.

[31] L’AII permet au procureur général, agissant au nom du partenaire, d’entamer une procédure

extradition proceedings before a superior court judge, called the extradition or committal judge in this context, to seek an order for the committal of the person sought. Section 15(3) of the Act provides that an ATP must contain three elements:

- (3) The authority to proceed must contain
 - (a) the name or description of the person whose extradition is sought;
 - (b) the name of the extradition partner; and
 - (c) the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person or the conduct in respect of which the person was convicted, as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b).

[32] An ATP is akin to an information or indictment in a domestic prosecution in that the corresponding Canadian offence or offences listed in an ATP provide the focus of the determination to be made at the judicial stage. Accordingly, care must be taken to ensure that an ATP accurately identifies the Canadian offence that most closely resembles the alleged conduct underlying the foreign offence. This will necessarily require the Minister, in drafting the ATP, to undertake some limited interpretation of the domestic law.

[33] If an ATP does not identify the most appropriate Canadian offence, s. 23(2) of the Act authorizes a committal judge, upon application by the Attorney General, to amend an ATP to accord with the evidence produced by the requesting state in the course of the extradition hearing.

[34] With an ATP in hand, counsel for the Attorney General may then proceed to bring the matter before an extradition judge who conducts an extradition hearing in accordance with the Act.

[35] The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met, as required by s. 3(1)(b) of the Act. The Act clearly establishes that the province of the extradition judge is limited to consideration of *only* the domestic side of this issue, as

d'extradition devant un juge d'une cour supérieure, appelé juge d'extradition ou juge d'incarcération dans le présent contexte, pour demander que soit rendue une ordonnance d'incarcération de l'intéressé. Le paragraphe 15(3) de la Loi prévoit qu'un AII doit comporter trois éléments :

- (3) L'arrêté comporte les éléments suivants :
 - a) le nom ou [la] description de l'intéressé;
 - b) le nom du partenaire;
 - c) la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé ou pour lesquels il a été condamné et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b).

[32] L'AII s'apparente à la dénonciation ou à l'acte d'accusation dans une poursuite intentée au pays, car les infractions correspondantes au Canada énumérées dans l'AII orientent la décision qui sera prise à l'étape judiciaire. Ainsi, il faut veiller à indiquer avec exactitude, dans l'AII, l'infraction correspondante au Canada qui ressemble le plus à la conduite reprochée constituant une infraction punissable à l'étranger. Par conséquent, lorsqu'il rédigera l'AII, le ministre devra nécessairement interpréter le droit interne, dans une certaine mesure.

[33] Si le choix de l'infraction correspondante indiquée dans l'AII n'est pas le plus judicieux, le par. 23(2) de la Loi autorise le juge d'incarcération, sur demande du procureur général, à modifier l'AII pour qu'il concorde avec la preuve présentée par l'État requérant lors de l'audience d'extradition.

[34] Muni d'un AII, l'avocat du procureur général peut ensuite soumettre l'affaire au juge d'extradition qui entend la demande d'extradition conformément à la Loi.

[35] L'audition de la demande d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté, comme l'exige l'al. 3(1)b) de la Loi. La Loi établit clairement que la compétence du juge d'extradition se limite à examiner *seulement* le volet interne de la question, puisque

the Minister has already established that the foreign component of double criminality is satisfied. Accordingly, the role of the extradition judge does not include any review of the foreign law. Section 29 delineates the judge's role as follows:

29. (1) [Order of committal] A judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if

(a) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner;

The judge must consider the evidence in light of Canadian law and determine whether it reveals conduct that would justify committal for the crime listed in the ATP if it had occurred in Canada. In *McVey*, at pp. 527-28, La Forest J. explained the role of the extradition judge as follows:

The trial judge in the United States, of course, deals with the offence under the law of that country. The identity of that offence can be determined by reference to the text of that law supplied with the requisition. The extradition judge in Canada, on the other hand, is concerned with whether the underlying facts of the charge would, prima facie, have constituted a crime . . . if they had occurred in Canada. That is what is meant by saying that double criminality is conduct based. The courts of both countries deal with the offence under their own law, the law in which they are versed, but each must ascertain whether under that law the facts support the charge. [Emphasis added.]

If the extradition judge concludes that the impugned conduct would amount to a criminal offence in Canadian law, the domestic component of double criminality is satisfied and the person sought must be committed for extradition.

[36] Following committal, the matter reverts to the Minister who reviews the case in its entirety to determine whether to order the individual's surrender and, if so, on what basis. This requires the Minister to determine whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust for Canada to

le ministre a déjà établi que le volet étranger de la double incrimination est respecté. Par conséquent, le rôle du juge d'extradition n'inclut aucun examen du droit étranger. L'article 29 décrit son rôle comme suit :

29. (1) [Ordonnance d'incarcération] Le juge ordonne dans les cas suivants l'incarcération de l'intéressé jusqu'à sa remise :

a) si la personne est recherchée pour subir son procès, la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance et le juge est convaincu que la personne qui comparaît est celle qui est recherchée par le partenaire;

Le juge doit examiner la preuve à la lumière du droit canadien et déterminer si elle révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès pour le crime indiqué dans l'AI s'ils avaient été commis au Canada. Voici comment le juge La Forest a expliqué le rôle du juge d'extradition dans *McVey*, p. 527-528 :

Évidemment, le juge de première instance aux États-Unis traite l'infraction selon le droit de ce pays. L'identité de cette infraction peut être déterminée par renvoi au texte de la loi qui accompagne la demande. Par ailleurs, au Canada, le juge d'extradition doit examiner si les faits sous-jacents de l'accusation constitueraient, à première vue, un crime [. . .] s'ils s'étaient produits au Canada. C'est ce que signifie l'affirmation que la double criminalité est fondée sur la conduite. Les tribunaux des deux pays traitent des infractions selon leur propre droit, celui qu'ils connaissent, mais chacun doit vérifier si aux termes de ce droit les faits appuient l'accusation. [Je souligne.]

Si le juge d'extradition conclut que la conduite reprochée équivaudrait à une infraction criminelle sous le régime du droit canadien, le volet interne de la double incrimination est respecté et l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition.

[36] Après l'incarcération, l'affaire est renvoyée au ministre, qui révisé le dossier en entier pour décider s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelle base. Dans le cadre de cet examen, le ministre doit déterminer s'il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement

extradite the person sought. Section 40(1) of the Act sets out the Minister's general power on the question of surrender:

40. (1) The Minister may, within a period of 90 days after the date of a person's committal to await surrender, personally order that the person be surrendered to the extradition partner.

The Minister's power to order or refuse surrender is subject to the provisions of the *Treaty* and the Act, and must be exercised in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[37] Under the Act, the Minister's decision on surrender is contained by a series of mandatory and discretionary "Reasons for Refusal" set out in ss. 44, 46 and 47. Relevant for the purposes of the present appeal is the broad power of refusal found in s. 44(1)(a):

44. (1) The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

(a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances;

Given the mandatory nature of s. 44(1)(a), the "Minister must consider all relevant circumstances, singly and in combination, to determine whether surrender would be unjust or oppressive": *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), at para. 45. Whether the Minister is "satisfied" that surrender would be unjust or oppressive in a given set of circumstances, however, is entirely a matter of his discretion.

[38] Reaching a conclusion on surrender requires the Minister to undertake a balancing of all the relevant circumstances, weighing factors that militate in favour of surrender against those that counsel against. The circumstances that will be "relevant" to a surrender decision will vary depending on the facts and context of each case. Some of these factors may include: any representations made by the person sought on the question of surrender in accordance with s. 43(1) of the Act, the conduct of the proceedings in the requesting country before and after the request for extradition, the potential

injuste, pour le Canada, d'extrader l'intéressé. Le paragraphe 40(1) de la Loi énonce le pouvoir général du ministre sur la question de l'extradition :

40. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'ordonnance d'incarcération, le ministre peut, par un arrêté signé de sa main, ordonner l'extradition vers le partenaire.

Le pouvoir du ministre d'ordonner ou de refuser l'extradition est assujéti aux dispositions du *Traité* et de la Loi, et doit être exercé conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[37] Selon la Loi, la décision du ministre sur l'extradition est limitée par une série de « motifs de refus » obligatoires et discrétionnaires prévus aux art. 44, 46 et 47. Le pouvoir général de refuser prévu à l'al. 44(1)a) présente un intérêt en l'espèce :

44. (1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que :

a) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;

Vu le caractère obligatoire de l'al. 44(1)a), le [TRADUCTION] « ministre doit examiner toutes les circonstances, individuellement et collectivement, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique » : *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), par. 45. Toutefois, la question de savoir si le ministre est « convaincu » que l'extradition serait injuste ou tyrannique dans des circonstances données relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire.

[38] Pour prendre une décision sur la question de l'extradition, le ministre doit apprécier toutes les circonstances pertinentes, en mettant en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Les circonstances pertinentes varieront en fonction des faits et du contexte de chaque affaire. Parmi ces facteurs, on retrouve notamment les observations présentées par l'intéressé sur son extradition conformément au par. 43(1) de la Loi, le déroulement de l'instance dans l'État requérant avant et après la demande d'extradition, la peine dont l'intéressé est passible

punishment facing the individual if surrendered, humanitarian issues relating to the personal circumstances of the individual, the timeliness and manner of prosecuting the extradition proceedings in Canada, the need to respect the constitutional rights of the person sought and Canada's international obligations under the *Treaty* and as a responsible member of the international community: see *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, at para. 54, and *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at para. 34.

[39] In carrying out the analysis under s. 44(1)(a) of the Act, the “relevant circumstances” may also include an alleged breach of the rights of the person sought under the *Charter*. As La Forest J. wrote in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 522, “in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender . . . may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances”. The Court elaborated on this test in *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, stating, at para. 68: “The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience.” (Emphasis deleted.) In turn, as recognized by this Court in *Lake*, at para. 24, where surrender is found to be contrary to the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, it will also be unjust and oppressive under s. 44(1)(a), and the Minister must refuse surrender. In this case, Mr. Fischbacher does not contend that the decision to extradite him on a charge of first degree murder violates the *Charter*. Thus a detailed discussion of the relationship between s. 44(1)(a) of the Act and the *Charter* is beyond the scope of this appeal. However, it is worth emphasizing that s. 44(1)(a) entitles the Minister to refuse surrender even where no *Charter* breach is alleged or where an alleged breach is not established. Where a surrender is constitutional, the Minister retains “a residual discretion to refuse surrender as being unjust or oppressive in view of the totality of the relevant circumstances, including, but not limited to, the circumstances alleged to make surrender

s'il est extradé, les questions d'ordre humanitaire liées à la situation personnelle de l'intéressé, le moment et les modalités de la présentation de la demande d'extradition au Canada, la nécessité de respecter les droits constitutionnels de l'intéressé et les obligations internationales du Canada en vertu du *Traité* et à titre de membre responsable de la communauté internationale : voir *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 54, et *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 34.

[39] Les circonstances pertinentes dans l'analyse fondée sur l'al. 44(1)a) de la Loi peuvent aussi inclure une violation alléguée des droits que la *Charte* garantit à l'intéressé. Pour reprendre les propos du juge La Forest dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 522, « dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé [. . .] peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances ». La Cour a raffiné ce test dans *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, en précisant, au par. 68 : « La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience. » (Soulignement omis.) Comme notre Cour l'a reconnu dans *Lake*, au par. 24, l'extradition jugée contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte* sera aussi injuste et tyrannique au sens de l'al. 44(1)a), et le ministre doit la refuser. En l'espèce, M. Fischbacher ne prétend pas que la décision de l'extrader relativement à une accusation de meurtre au premier degré contrevient à la *Charte*. Par conséquent, l'analyse détaillée du lien entre l'al. 44(1)a) de la Loi et la *Charte* dépasse le cadre du présent pourvoi. Il importe toutefois de souligner que l'al. 44(1)a) autorise le ministre à refuser l'extradition même lorsqu'aucune violation de la *Charte* n'est invoquée ou lorsqu'une violation alléguée n'est pas établie. Lorsque l'extradition est constitutionnelle, le ministre conserve son [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'extradition parce qu'elle serait injuste ou tyrannique

inconsistent with the principles of the *Charter*”: *Bonamie*, at para. 47.

[40] If the Minister decides not to surrender the person sought, he must order a discharge in accordance with s. 48(1) of the Act. If surrender is deemed appropriate in the circumstances, the contents of the Minister’s surrender order must conform with s. 58 of the Act. Under s. 58(b), the Minister’s order must specify the offence or conduct for which the person is surrendered in one of three ways:

58. An order of surrender must

. . . .

(b) describe the offence in respect of which the extradition is requested, the offence for which the committal was ordered or the conduct for which the person is to be surrendered;

[41] Nothing in s. 58(b) requires that the Minister match or “align” the surrender offence with that listed in the ATP or the committal order, nor with the evidence adduced at the hearing. In fact, quite the contrary: s. 58(b) provides the Minister with flexibility in crafting an order of surrender, and clearly contemplates that the wording of the surrender order may differ from that of the ATP and the order of committal: see, e.g., *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at para. 40.

[42] In the present appeal, the Minister ordered Mr. Fischbacher’s surrender for the American offence of first degree murder, describing the “offence in respect of which the extradition [was] requested” under s. 58(b) of the Act. Mr. Fischbacher submits that the Minister erred in failing to find that a surrender order for first degree murder would be unjust or oppressive under s. 44(1)(a). The alleged injustice results solely from the Minister’s failure to apply the so-called “misalignment” test.

compte tenu de l’ensemble des circonstances pertinentes et notamment, mais non exclusivement, de celles qui la rendraient incompatible avec les principes de la *Charte* » : *Bonamie*, par. 47.

[40] Si le ministre décide de ne pas extraditer un intéressé, il ordonne sa libération conformément au par. 48(1) de la Loi. S’il juge qu’il doit l’extraditer compte tenu des circonstances, la teneur de l’arrêté d’extradition devra être conforme à l’art. 58 de la Loi. Suivant l’al. 58b), le ministre peut procéder de trois façons pour préciser dans son arrêté l’infraction ou les actes pour lesquels l’intéressé sera extradé :

58. L’arrêté d’extradition énonce les points suivants :

. . . .

b) soit la désignation de l’infraction à l’origine de la demande d’extradition ou figurant à l’ordonnance d’incarcération, soit les actes ayant donné lieu à l’extradition;

[41] L’alinéa 58b) n’oblige pas le ministre à assurer la correspondance ou la « concordance » entre, d’une part, l’infraction visée par l’extradition et, d’autre part, celle indiquée dans l’AII ou dans l’ordonnance d’incarcération, ou la preuve présentée à l’audience. En fait, c’est plutôt le contraire : l’al. 58b) offre au ministre une certaine latitude dans la rédaction de l’arrêté d’extradition et prévoit clairement que le libellé de l’arrêté d’extradition peut être différent de celui de l’AII et de l’ordonnance d’incarcération : voir, p. ex., *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), par. 40.

[42] En l’espèce, le ministre a ordonné l’extradition de M. Fischbacher relativement à l’infraction punissable aux États-Unis de meurtre au premier degré, c’est-à-dire « l’infraction à l’origine de la demande d’extradition », conformément à l’al. 58b) de la Loi. M. Fischbacher prétend que le ministre a commis une erreur en ne concluant pas qu’un arrêté d’extradition pour meurtre au premier degré serait injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)(a). L’injustice découlerait uniquement du défaut du ministre d’appliquer le critère dit de la « discordance ».

[43] Conceived of in the 2003 decision of the British Columbia Court of Appeal in *Reumayr*, the “misalignment” or “substantially exceeds” test has been relied upon by appellate courts in British Columbia and Ontario to conclude that the Minister must ensure that the foreign evidence satisfies the elements of the foreign charge before he can surrender the person sought for the requested offence.

[44] In *Reumayr* (2003), the Minister ordered the surrender of the person sought on the basis of the foreign offences for which extradition was requested, including the American offence of “attempting to bomb the Trans-Alaska Pipeline by means of explosive devices”. The British Columbia Court of Appeal considered the discrepancy between the committal order, which reflected “the conclusion that the facts alleged did not extend beyond preparation to an attempt under Canadian law”, and the Minister’s surrender order (para. 39). In allowing the application for judicial review and remitting the matter back to the Minister, Mackenzie J.A. set out what has come to be known in British Columbia as the “substantially exceeds” test (at para. 42):

In my view, the statutory scheme does not authorize extradition for offences that substantively exceed the offences that are supported in the committal proceedings. It would defeat the purpose of the committal hearing if the Minister’s discretion extended to surrender for offences substantively beyond those supported by evidence at the committal hearing. [Emphasis added.]

[45] The Minister reconsidered the surrender order as directed by the court and issued a second surrender order in 2004. *Reumayr* again sought judicial review. In *Canada (Minister of Justice) v. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1, the British Columbia Court of Appeal did not reference or apply the “substantially exceeds” test formulated in the 2003 case, instead employing the conduct-based test for double criminality to find

[43] Les juridictions d’appel de la Colombie-Britannique et de l’Ontario se sont appuyées sur le critère de la « discordance » ou de l’infraction « substantiellement plus grave » — établi par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Reumayr* rendu en 2003 — pour conclure que le ministre doit s’assurer que la preuve étrangère satisfait aux éléments de l’accusation punissable à l’étranger avant de pouvoir extraditer un intéressé relativement à l’infraction invoquée.

[44] Dans l’affaire *Reumayr* (2003), le ministre avait ordonné l’extradition de l’intéressé sur le fondement des infractions punissables à l’étranger indiquées dans la demande d’extradition, dont l’infraction de [TRADUCTION] « tentative d’attentat à la bombe contre le pipeline Trans-Alaska au moyen de dispositifs explosifs ». La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné la divergence entre l’ordonnance d’incarcération, qui reflétait [TRADUCTION] « la conclusion que les faits reprochés n’allaient pas au-delà de la préparation d’une tentative au sens du droit canadien », et l’arrêté d’extradition du ministre (par. 39). En accueillant la demande de contrôle judiciaire et en renvoyant l’affaire au ministre, le juge Mackenzie a énoncé le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » tel qu’il est maintenant connu en Colombie-Britannique (par. 42) :

[TRADUCTION] À mon avis, le régime législatif n’autorise pas l’extradition pour des infractions qui sont substantiellement plus graves que celles qui sont étayées dans le cadre de la procédure d’incarcération. Il serait contraire à l’objet de l’audience relative à l’incarcération que le pouvoir discrétionnaire du ministre lui permette d’ordonner l’extradition pour des infractions substantiellement plus graves que celles étayées par les éléments de preuve présentés à l’audience. [Je souligne.]

[45] Le ministre a réexaminé l’arrêté d’extradition comme l’avait exigé la cour et a pris un deuxième arrêté d’extradition en 2004. Là encore, M. *Reumayr* a demandé le contrôle judiciaire. Dans *Canada (Minister of Justice) c. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’a pas mentionné ni appliqué le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » établi dans la décision de

that although the Canadian and American crimes at issue had different constituent elements, the words of the Act made clear that “as long as the conduct supports a Canadian offence, it does not matter what the offence might be or how the constituent elements are described in Canada. The person is liable to extradition” (para. 150).

[46] Despite the 2005 decision in *Reumayr*, the “substantially exceeds” test from *Reumayr* (2003) survived in appellate jurisprudence and became the “misalignment” test in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Gorcyca*. There, Gorcyca argued that the principle of double criminality “protects him from extradition to face foreign charges based on conduct that has not been found to warrant committal in Canada for the counterpart Canadian offences” (para. 23). Goudge J.A. first dismissed this argument (at para. 55):

In summary, I would conclude that neither the Act nor the Treaty nor the principle of double criminality require the Minister to ensure the precise alignment of the alleged conduct, the Canadian offence in the committal order and the foreign offence as the appellants contend. The Minister can order surrender in terms of the foreign offence for which extradition is sought if the conduct alleged by the foreign state to be sufficient for the foreign prosecution has been found both admissible under the Act and sufficient, if committed here, to justify committal for a Canadian offence that corresponds to that conduct. That is exactly what happened here. The appellant’s misalignment argument must be dismissed. [Emphasis added.]

[47] In *obiter* statements, however, Goudge J.A. went on to consider a “recast version” of the “misalignment” argument which he found “raises the question of whether there is a misalignment between the evidence in the foreign record and

2003. Elle a plutôt appliqué le critère de la double incrimination fondé sur la conduite pour conclure que, même si les crimes en cause au Canada et aux États-Unis comportaient des éléments constitutifs différents, le libellé de la Loi indiquait clairement que [TRADUCTION] « dans la mesure où la conduite constitue une infraction punissable au Canada, la désignation de l’infraction ou la façon dont les éléments constitutifs sont décrits au Canada importent peu. L’intéressé est passible d’extradition » (par. 150).

[46] Malgré l’arrêt *Reumayr* rendu en 2005, le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » établi dans l’arrêt *Reumayr* (2003) a survécu dans les arrêts des cours d’appel et est devenu le critère de la « discordance » dans l’arrêt *Gorcyca* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans cette affaire, M. Gorcyca avait fait valoir que le principe de la double incrimination [TRADUCTION] « le protég[e]ait contre l’extradition pour répondre à des accusations portées à l’étranger relativement à des actes qui ne justifieraient pas son renvoi à procès pour les infractions correspondantes au Canada » (par. 23). Le juge Goudge avait d’abord rejeté cet argument (par. 55) :

[TRADUCTION] En résumé, je conclurais que ni la Loi, ni le Traité, ni le principe de la double incrimination n’obligent le ministre à s’assurer de la concordance précise entre la conduite reprochée, l’infraction punissable au Canada indiquée dans l’ordonnance d’incarcération et l’infraction punissable à l’étranger, comme le prétend l’appelant. Le ministre peut ordonner l’extradition relativement aux infractions punissables à l’étranger visées par la demande d’extradition si les actes que l’État étranger affirme suffisants pour justifier une poursuite à l’étranger ont été jugés admissibles selon la Loi et suffisants, s’ils avaient été commis au Canada, pour justifier le renvoi à procès pour une infraction correspondant à cette conduite en droit canadien. C’est exactement ce qui est arrivé en l’espèce. L’argument de l’appelant fondé sur la discordance doit être rejeté. [Je souligne.]

[47] Toutefois, dans des remarques incidentes, le juge Goudge a ensuite examiné la « version remaniée » de l’argument fondé sur la « discordance » qui, selon lui, [TRADUCTION] « soulève la question de savoir si la discordance entre la preuve

the foreign charges sufficient to justify judicial review of the Minister's decision to order surrender in the terms of those charges" (para. 60). Citing with approval the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Reumayr* (2003), Goudge J.A. stated (at paras. 63-64):

Where the Minister chooses to do this [order surrender in terms of the foreign charges], the complaint that the evidence in the foreign record does not sufficiently support the foreign charges can have only very limited reach, in my view. The Minister is not charged with evaluating that evidence against the counterpart Canadian charges in the Authority To Proceed. Nor is there a requirement that the Canadian charges exactly match the foreign charges, as I have attempted to explain. Moreover, the Act requires that the foreign state certify that the evidence is sufficient to justify prosecution on the foreign charges and the principle of international comity requires that this be respected.

This leaves little scope for the recast misalignment argument. In my view, only where there is an absence of evidence on what would appear to be an essential element of the foreign charge in the surrender order could it be argued that the order is plainly unreasonable or unjust or oppressive, at least without an explanation of why it is not. In such circumstances it could well be plainly unreasonable to deport someone where, from Canada's perspective, there would seem to be no possibility of a just conviction. [Emphasis added.]

[48] *Reumayr* (2003) and the *obiter* statements from *Gorcyca* have been subsequently relied upon by the British Columbia and Ontario Courts of Appeal in a handful of cases including, e.g., *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Saad* (2007), at paras. 17-20; *Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121, at para. 26; and *Kissel*, at para. 39. The instant appeal is the latest in this line of jurisprudence.

[49] With respect, it is my view that to the extent that *Reumayr* (2003) and its offspring stand for the

contenue dans le dossier étranger et les accusations portées à l'étranger est suffisante pour justifier le contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner l'extradition sur le fondement de ces accusations » (par. 60). Souscrivant à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Reumayr* (2003), le juge Goudge a affirmé, aux par. 63-64 :

[TRADUCTION] Lorsque le ministre décide de la faire [ordonner l'extradition relativement aux accusations punissables à l'étranger], la plainte portant que la preuve contenue dans le dossier étranger n'étaye pas suffisamment les accusations étrangères ne peut avoir qu'une portée très limitée, à mon avis. Le ministre n'est pas chargé d'évaluer cette preuve par rapport aux accusations correspondantes au Canada indiquées dans l'arrêt introductif d'instance. Il n'est pas non plus exigé que ces dernières correspondent exactement aux accusations punissables à l'étranger, comme j'ai tenté de l'expliquer. De plus, la Loi oblige l'État étranger à certifier que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite relativement aux accusations portées à l'étranger, et le principe de la courtoisie internationale commande le respect à cet égard.

Cela limite beaucoup la portée de l'argument remanié de la discordance. À mon avis, seule l'absence de preuve sur ce qui semblerait être un élément essentiel de l'accusation étrangère indiquée dans l'arrêt d'extradition permettrait de prétendre que l'arrêt est manifestement déraisonnable, injuste ou tyrannique, du moins si aucune explication n'est donnée pour justifier pourquoi il ne le serait pas. En pareilles circonstances, la décision de déporter une personne dans un endroit où, du point de vue du Canada, il ne semble exister aucune possibilité qu'elle soit condamnée équitablement, pourrait bien être manifestement déraisonnable. [Je souligne.]

[48] Les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario se sont subséquemment appuyées sur l'arrêt *Reumayr* (2003) et sur les remarques incidentes formulées dans *Gorcyca* dans quelques arrêts, dont *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Saad* (2007), par. 17-20; *Narayan c. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121, par. 26; et *Kissel*, par. 39. L'appel examiné en l'espèce est le dernier en date de ce courant jurisprudentiel.

[49] Avec égards, je suis d'avis que l'arrêt *Reumayr* (2003) et les décisions qui l'ont suivi ne

principle that the Minister is required to “align” the Canadian and foreign offences by ensuring that the evidence adduced at an extradition hearing supports each element of the foreign offence upon which surrender is ordered, these decisions do not represent the law in Canada. The “misalignment” test adopted by the Court of Appeal in this case is incompatible with three key components of extradition law: conduct-based double criminality; the foundational principle of comity; and the carefully circumscribed role assigned to the extradition judge in the Act. I will explain.

[50] The “misalignment” test is functionally inconsistent with the conduct-based approach to double criminality. By requiring the Minister to assess the parity between the elements of the Canadian offence and the elements of the foreign offence before surrendering the person sought for the latter, the “misalignment” test effectively amounts to adding an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process. This approach is inconsistent with the provisions of the Act and *Treaty* which clearly specify that conduct — not symmetry between the elements of the Canadian and foreign offences — is determinative of double criminality.

[51] By requiring the Minister to evaluate whether the requested offence is “proper” in light of the foreign evidence, the “misalignment” test amounts to a second-guessing of the foreign state’s assessment of its own law. This sends the message that Canada is suspicious of the ability of the foreign state to assess the evidence against its own law and decide on the appropriate offence. The “misalignment” test is thus incompatible with the principles of “reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions” that are foundational to the effective operation of the extradition process: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844.

représentent pas le droit au Canada dans la mesure où elles appuient le principe voulant que le ministre soit tenu de faire « concorder » les infractions punissables à l’étranger avec les infractions correspondantes au Canada en s’assurant que la preuve présentée à l’audience d’extradition étaye chacun des éléments de l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est ordonnée. Le critère de la « discordance » adopté par la Cour d’appel en l’espèce est incompatible avec trois éléments clés du droit de l’extradition : la double incrimination fondée sur la conduite; le principe fondamental de la courtoisie et le rôle soigneusement circonscrit que la Loi attribue au juge d’extradition. Je m’explique.

[50] Le critère de la « discordance » est incompatible, sur le plan fonctionnel, avec l’approche de la double incrimination fondée sur la conduite. En exigeant du ministre qu’il analyse la similitude entre les éléments de l’infraction punissable à l’étranger et ceux de l’infraction correspondante au Canada avant d’extrader l’intéressé pour la première, le critère de la « discordance » équivaut en fait à ajouter un critère fondé sur l’infraction à l’étape finale de la procédure d’extradition. Cette approche est incompatible avec les dispositions de la Loi et du *Traité*, qui indiquent clairement que l’élément déterminant de la double incrimination est la conduite — et non la symétrie entre les éléments de l’infraction punissable à l’étranger et ceux de l’infraction correspondante au Canada.

[51] En exigeant que le ministre détermine si l’infraction invoquée « convient » à la lumière de la preuve étrangère, le critère de la « discordance » équivaut à l’obliger à reconsidérer les conclusions de l’État étranger sur son propre droit. Cela laisserait entendre que le Canada doute de la capacité de l’État étranger à évaluer la preuve au regard de son propre droit et à choisir l’infraction qui convient. Le critère de la « discordance » est donc incompatible avec les principes de « réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d’autres ressorts » qui sont essentiels au bon fonctionnement de la procédure d’extradition : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 844.

[52] Comity demands that the requested state maintain a limited role in the extradition process to prevent the proceeding from becoming a trial on the merits. The fundamental tension between comity and any assessment by the Canadian judiciary or executive of the law of the foreign state has been enunciated on numerous occasions by this Court in the context of defining the mandate of the extradition judge under the Act. In *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 551, this Court explained as follows:

At all events, the assumption by a Canadian court of responsibility for supervising the conduct of the diplomatic and prosecutorial officials of a foreign state strikes me as being in fundamental conflict with the principle of comity on which extradition is based. [Emphasis added.]

See also, e.g., *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, at para. 99, and *McVey*, at pp. 508-10. While the comments in *Mellino* were made in respect of the judicial phase of extradition proceedings, their essential message is equally applicable to the circumstances of the present appeal: it is not for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, nor to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence. To do so offends the underlying principle of comity and risks undermining the foundation of effective extradition practice.

[53] Finally, the “misalignment” test adopted by the Court of Appeal is incompatible with the role of the extradition judge defined by s. 29 of the Act. If the Minister were required to compare the elements of the foreign offence against the evidence adduced at the extradition hearing to ensure that the two are “aligned”, the requesting state would have to lead evidence on every element of the foreign offence in the context of the extradition hearing before the Minister could surrender for the requested offence. This would fundamentally

[52] La courtoisie commande que l'État requis intervienne de façon limitée dans la procédure d'extradition pour empêcher qu'elle ne devienne un procès sur le fond. La tension fondamentale entre la courtoisie et toute appréciation du droit de l'État étranger par les pouvoirs judiciaire ou exécutif canadiens a été évoquée à plusieurs reprises par notre Cour dans le contexte de la définition du mandat du juge d'extradition sous le régime de la Loi. Dans *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 551, notre Cour a expliqué ce qui suit :

Quoi qu'il en soit, si un tribunal canadien se chargeait de contrôler la conduite des fonctionnaires diplomatiques et du ministère public d'un État étranger, il me semble que cela entrerait fondamentalement en conflit avec le principe de courtoisie internationale sur lequel repose l'extradition. [Je souligne.]

Voir également, p. ex., *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 99, et *McVey*, p. 508-510. Bien que les commentaires faits dans *Mellino* se rapportent à l'étape judiciaire de la procédure d'extradition, ils s'appliquent néanmoins pour l'essentiel aux circonstances de l'espèce : ce n'est pas aux autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise, ni d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Cela irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie et risquerait d'ébranler les fondements de la pratique efficace en matière d'extradition.

[53] Enfin, le critère de la « discordance » adopté par la Cour d'appel est incompatible avec le rôle du juge d'extradition défini à l'art. 29 de la Loi. Si le ministre était tenu de comparer les éléments de l'infraction punissable à l'étranger à la preuve présentée à l'audience d'extradition pour s'assurer de leur « concordance », l'État requérant devrait produire des éléments de preuve pour chacun des éléments de l'infraction punissable à l'étranger avant que le ministre puisse extradier l'intéressé pour l'infraction invoquée. Cela changerait

change the nature of the extradition judge's inquiry under s. 29 of the Act, which specifies that the judge is to consider only the domestic side of double criminality, looking for evidence in respect of each element of the *Canadian* offence listed in the ATP.

[54] That the Minister is not to assess whether the evidence adduced at a committal hearing satisfies the elements of the foreign offence should not be understood to mean that the Minister has *no* scope to consider foreign law in making his determination on the question of surrender. It is well established that in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct: see, e.g., *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (B.C.C.A.), *per* Taylor J.A., *aff'd* [1996] 1 S.C.R. 469. In these circumstances, the Minister is entitled to include the foreign crime and its attendant penalty as one of many factors under consideration at the surrender stage. In doing so, however, the Minister simply takes account of the potential consequences to the person sought under the foreign law, as opposed to making his own assessment of how the foreign law should apply to the case at issue. Accordingly, the Minister remains within the ambit of his proper role under the Act, and the principle of comity is not undermined.

[55] Ultimately, the reasonableness of the Minister's surrender decision does not turn on whether the elements of the foreign offence "align" with the evidence adduced by the requesting state at the committal hearing. The reasonableness of the decision must be assessed with regard to all the relevant circumstances and the applicable provisions of the Act.

[56] I return now to the facts of the present appeal.

fondamentalement la nature de l'enquête du juge d'extradition prévue à l'art. 29 de la Loi, qui précise que le juge doit examiner uniquement le volet interne de la double incrimination, en cherchant des éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'infraction correspondante au *Canada* indiquée dans l'AIT.

[54] Le fait que le ministre ne doive pas déterminer si la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération satisfait aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger ne doit pas être interprété comme signifiant qu'il *ne* peut *aucunement* examiner le droit étranger lorsqu'il se prononce sur la question de l'extradition. Il est bien établi que, dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu'encourrait l'intéressé dans l'État requérant et celui auquel il serait exposé s'il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l'éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l'extrader ou non : voir, p. ex., *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (C.A.C.-B.), le juge Taylor, *conf. par* [1996] 1 R.C.S. 469. Dans ces circonstances, le ministre peut inclure le crime punissable dans l'autre pays et la peine applicable parmi les nombreux facteurs à examiner à l'étape de l'extradition. Toutefois, pour ce faire, il tient simplement compte des conséquences que pourrait subir l'intéressé selon le droit étranger, plutôt que de s'interroger sur son application dans l'affaire en litige. Ainsi, le ministre n'outrepasse pas son rôle légitime dans le cadre de la Loi, et le principe de la courtoisie reste intact.

[55] En fin de compte, la raisonabilité de la décision du ministre d'ordonner l'extradition ne dépend pas de la question de savoir si les éléments de l'infraction punissable à l'étranger « concordent » avec la preuve présentée par l'État requérant à l'audience relative à l'incarcération. La raisonabilité de la décision doit être appréciée au regard de toutes les circonstances pertinentes et des dispositions applicables de la Loi.

[56] Je reviens maintenant aux faits de l'espèce.

5. Was the Minister's Surrender Order Unreasonable?

[57] Under s. 57(2) of the Act, judicial assessment of the Minister's surrender order by the Court of Appeal is a form of administrative law review. In *Lake*, at para. 34, LeBel J. confirmed that the appropriate standard to be applied in reviewing a surrender order is reasonableness.

[58] In the present case, the sole ground upon which the Minister's surrender order is impugned is the failure to "align" the evidence adduced at the extradition hearing with the elements of the foreign offence. Given that the Minister is under no obligation to apply a "misalignment" test in ordering the surrender of the person sought on the requested offence, as discussed above, his failure to do so cannot provide a basis for interfering with his decision. As Mr. Fischbacher points to no other circumstance that would render the surrender decision "unjust or oppressive", I see no reason to interfere with the Minister's order.

6. Disposition

[59] The Crown's appeal is allowed and the order of the Court of Appeal for Ontario set aside. The Minister's surrender order is restored.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[60] Like Justice Charron, but for different reasons, I would allow the appeal. Unlike Justice Charron, however, and with the greatest of respect, I agree with Justice Doherty, speaking for the court below, that a substantial discrepancy between the evidence placed before the extradition judge and the evidence that is plainly required to establish an undisputed element of the foreign offence may, in the absence of a reasonable explanation, warrant judicial intervention in the Minister's order of surrender.

5. L'arrêté d'extradition du ministre était-il déraisonnable?

[57] Suivant le par. 57(2) de la Loi, l'examen judiciaire de l'arrêté d'extradition du ministre par la Cour d'appel est une forme de contrôle de l'action administrative. Dans *Lake*, au par. 34, le juge LeBel a confirmé que la norme de contrôle d'un arrêté d'extradition est celle de la raisonabilité.

[58] En l'espèce, le seul motif invoqué pour contester l'arrêté d'extradition du ministre est l'omission de faire « concorder » la preuve présentée à l'audience d'extradition avec les éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Étant donné que le ministre n'est pas obligé d'appliquer le critère de la « discordance » lorsqu'il ordonne l'extradition de l'intéressé relativement à l'infraction invoquée, comme nous l'avons vu, son omission à cet égard ne saurait fonder l'annulation de sa décision. Comme M. Fischbacher ne fait valoir aucune autre circonstance qui rendrait la décision de l'extrader « injuste ou tyrannique », je ne vois aucune raison de modifier l'arrêté du ministre.

6. Dispositif

[59] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est annulée. L'arrêté d'extradition du ministre est rétabli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[60] À l'instar de la juge Charron, mais pour des motifs différents, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Par contre, contrairement à elle, mais avec le plus grand respect, je souscris à l'avis exprimé par le juge Doherty au nom de la juridiction inférieure, selon lequel une discordance importante entre la preuve présentée au juge d'extradition et la preuve manifestement requise pour établir un élément non contesté de l'infraction punissable à l'étranger justifie, en l'absence d'explication raisonnable, l'intervention judiciaire à l'égard de l'arrêté d'extradition pris par le ministre.

[61] As we shall see, this view of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent and unanimous decisions of the Ontario Court of Appeal. Not a single decision to the contrary has been brought to our attention, though the British Columbia Court of Appeal has very recently adopted a more deferential approach: see *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293.

[62] In this light, and in light of the *Extradition Act* itself (S.C. 1999, c. 18), I am unable to agree with my colleague that judicial intervention in a Minister's order of surrender on this ground is incompatible with conduct-based double criminality, with the requirement of comity or with the role assigned to the extradition judge under the *Extradition Act* (reasons of Justice Charron, at para. 49).

[63] An absence of evidence on an essential element of the offence for which extradition is sought is an absence of evidence that the offence was committed. In my respectful view, neither comity nor conduct-based double criminality authorizes the Minister to issue a warrant of surrender for trial on an offence for which there is an absence of evidence. And I believe that the *Extradition Act* is intended to prevent this from occurring.

[64] I agree, of course, with Justice Charron that the Minister has been granted broad discretion in issuing surrender orders under the *Extradition Act*. That discretion, however, is subject to judicial review pursuant to s. 57(7) of the Act. Speaking for the Court in *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, where the main issue was "the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's Charter rights" (para. 34), LeBel J. thus took care to note (at para. 26):

Section 57(7) provides that the grounds for judicial review of the Minister's decision to order surrender

[61] Comme nous le verrons, cette interprétation du droit trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario. Absolument aucune décision contraire n'a été portée à notre attention, bien que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait tout récemment adopté une plus grande retenue : voir *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293.

[62] Compte tenu de ce courant jurisprudentiel et de la teneur même de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, je ne peux adhérer à l'opinion de ma collègue selon laquelle ce motif d'intervention judiciaire à l'égard de l'arrêté d'extradition pris par le ministre serait incompatible avec la double incrimination fondée sur la conduite, avec l'obligation de courtoisie ou avec le rôle que la *Loi sur l'extradition* attribue au juge d'extradition (motifs de la juge Charron, par. 49).

[63] En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction. En toute déférence, j'estime que ni la courtoisie ni la double incrimination fondée sur la conduite n'autorisent le ministre à lancer un mandat d'extradition afin que l'intéressé subisse son procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve. Je crois aussi que la *Loi sur l'extradition* vise à éviter que cela se produise.

[64] Je suis bien sûr d'accord avec la juge Charron pour dire que la *Loi sur l'extradition* confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire relativement à la prise d'un arrêté d'extradition. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est toutefois susceptible de révision judiciaire conformément au par. 57(7) de la Loi. Dans *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, où la question principale était de savoir « quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif » (para. 34), le juge LeBel a pris soin de préciser, au par. 26 :

Le paragraphe 57(7) prévoit que la cour d'appel de la province peut réviser sa décision [d'ordonner l'extradition]

are those on which the Federal Court may grant relief under s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Thus, under s. 57(2), judicial assessment of the Minister's decision by the court of appeal is a form of administrative law review and must be conducted in accordance with the applicable administrative law standard. As I will explain below, it is my view that the applicable standard is reasonableness.

This view of the law, read in the context of the issue in *Lake*, is not in dispute and it is unnecessary for the present purposes to reproduce all of the grounds of judicial review set out by Parliament in s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. I think it sufficient to say that *Lake* commands great deference for Ministerial decisions to surrender, but was not intended to subject some of those grounds, for example that the Minister “acted without jurisdiction” (s. 18.1(4)(a)), to the “reasonableness” standard that applies to a weighing of relevant factors or an appreciation of the evidence placed before the Minister.

II

[65] As mentioned at the outset, Justice Doherty's understanding of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent and unanimous decisions in the Ontario Court of Appeal.

[66] In *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97, Rosenberg J.A. (Moldaver and Simmons J.J.A. concurring) framed the principle I have mentioned in jurisdictional terms:

It would seem to me that, leaving aside specific extradition arrangements and s. 59, if the Minister ordered the surrender of a person for an offence that did not come within the conduct described in the committal order, he would have acted without jurisdiction. [para. 45]

Neither of the mentioned exceptions is relevant here.

[67] In *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403, Goudge J.A. (Weiler and Rouleau J.J.A. concurring) held

pour les mêmes motifs que la Cour fédérale en application du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. La révision de la décision du ministre par la cour d'appel que prévoit le par. 57(2) relève donc du contrôle de l'action administrative et doit être effectuée au regard de la norme applicable en la matière. Comme je l'explique ci-après, j'estime que cette norme est celle de la décision raisonnable.

Cette interprétation du droit, dans le contexte de la question soulevée dans *Lake*, n'est pas en litige et il n'est pas nécessaire pour trancher le pourvoi de reproduire tous les motifs de contrôle judiciaire énumérés par le Parlement à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Qu'il suffise de dire que l'arrêt *Lake* commande une grande retenue à l'égard des décisions du ministre d'ordonner l'extradition, mais n'entendait pas assujettir certains de ces motifs, par exemple le fait que le ministre « a agi sans compétence » (al. 18.1(4)a)), à la norme de la décision « raisonnable » qui s'applique à l'appréciation des facteurs pertinents ou à l'appréciation de la preuve présentée au ministre.

II

[65] Comme je l'ai mentionné plus tôt, le raisonnement juridique du juge Doherty trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario.

[66] Dans *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97, le juge Rosenberg (avec l'accord des juges Moldaver et Simmons) a énoncé le principe mentionné plus tôt sous l'angle de la compétence :

[TRADUCTION] Il me semble que le ministre agirait sans compétence si, abstraction faite d'arrangements particuliers en matière d'extradition et de l'art. 59, il ordonnait l'extradition d'une personne pour une infraction qui ne correspond pas aux actes décrits dans l'ordonnance d'incarcération. [par. 45]

Les deux exceptions mentionnées ne sont pas pertinentes en l'espèce.

[67] Dans *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403, le juge Goudge (avec l'accord des juges Weiler et Rouleau) a statué

that “[if] there is an absence of evidence on what would appear to be an essential element of the foreign charge in the surrender order . . . it could well be plainly unreasonable to deport someone where, from Canada’s perspective, there would seem to be no possibility of a just conviction” (para. 64).

[68] In *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393, released the same day, O’Connor A.C.J.O. (Rosenberg and Cronk J.J.A. concurring) found that a Minister’s decision to surrender in the face of such a “misalignment” (a term I shall presently explain) could be set aside for two reasons (para. 17). The first is that such an order is unjust and oppressive under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*. The second is that it is plainly unreasonable and therefore reviewable under s. 57(7) of the *Extradition Act* and, by reference, s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. See *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (Ont. C.A.), at p. 112, aff’d [1996] 1 S.C.R. 467. In *Saad*, the Court of Appeal specified that differences in form or in particulars between the Canadian and foreign offences were not sufficient under either test (paras. 19-20). The differences must be *substantive*.

[69] More recently still, in *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481, the Ontario Court of Appeal set aside, in part, an order of surrender on American charges of conspiracy to launder money and witness tampering. Sharpe J.A. (Feldman and Simmons J.J.A. concurring) agreed that the test for surrender is conduct-based, but held that surrender could not be ordered in respect of a foreign offence in the absence of any evidence of the prohibited conduct that is an essential element of that offence (paras. 39-40).

[70] Moreover, to permit the Minister to order surrender in respect of impugned conduct for which no evidence was placed before the extradition judge

que, en [TRADUCTION] « l’absence de preuve sur ce qui semblerait être un élément essentiel de l’accusation étrangère indiquée dans l’arrêté d’extradition [. . .], la décision de déporter une personne dans un endroit où, du point de vue du Canada, il ne semble exister aucune possibilité qu’elle soit condamnée équitablement, pourrait bien être manifestement déraisonnable » (par. 64).

[68] Dans l’arrêt *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393, rendu le même jour, le juge en chef adjoint O’Connor (avec l’accord des juges Rosenberg et Cronk) a conclu que la décision du ministre d’extrader l’intéressé en présence d’une telle « discordance » (terme que j’expliquerai) pouvait être infirmée pour deux motifs (par. 17). Premièrement, l’arrêté est injuste et tyrannique au sens de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*. Deuxièmement, il est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de révision en application du par. 57(7) de la *Loi sur l’extradition* et, par renvoi, du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Voir *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (C.A. Ont.), p. 112, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467. Dans l’affaire *Saad*, la Cour d’appel a précisé que des dissemblances dans la forme ou les détails entre l’infraction canadienne et celle qui est punissable à l’étranger ne suffisent pas selon l’un ou l’autre de ces deux critères (par. 19-20). Les différences doivent être *substantielles*.

[69] Encore plus récemment, dans *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481, la Cour d’appel de l’Ontario a annulé en partie un arrêté d’extradition visant des accusations de complot pour blanchir de l’argent et de subornation de témoin. Le juge Sharpe (avec l’accord des juges Feldman et Simmons) a reconnu que le test applicable en matière d’extradition est fondé sur la conduite, mais il a statué que l’extradition ne pouvait être ordonnée pour une infraction punissable à l’étranger en l’absence de toute preuve de la conduite reprochée qui constitue un élément essentiel de l’infraction (par. 39-40).

[70] De plus, permettre au ministre d’ordonner l’extradition pour une conduite reprochée à l’égard de laquelle aucune preuve n’a été présentée au juge

would, in the absence of a reasonable explanation, create a total disconnect between the judicial and executive functions under the *Extradition Act*. I agree that these are different functions. But they are meant to complement and not to contradict one another — to operate in a harmonious and not discordant manner.

[71] Thus, the Minister and not the judge decides which Canadian offence best captures the *conduct* for which extradition is sought. In virtue of s. 15(3)(c) of the Act, the Minister's authority to proceed ("ATP") with the request for extradition *must contain* "the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person [sought] . . . , as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b)". These requirements are cumulative, not alternative. The designated offence must, as a matter of law, combine two characteristics: (1) it must "correspond to the alleged conduct" of the person sought; *and* (2) it must be punishable by imprisonment for a maximum term of five years or more in the case of a specific agreement, or by imprisonment for a maximum term of two years or more in any other case. Neither of these characteristics is alone sufficient to satisfy the plain meaning and evident objective of s. 15(3)(c) of the Act.

[72] The judge and not the Minister then determines whether the evidence adduced at the extradition hearing would warrant committal to trial on the Canadian offence set out by the Minister in the ATP if *that conduct* had occurred in Canada. This judicial determination is made without reference to the foreign offence. But where it rests on findings of fact that necessarily relate to the *conduct* of both the Canadian offence and the offence for which extradition is sought, those findings cannot be disregarded by the Minister. To hold otherwise is to amputate one of the two essential characteristics of the *Extradition Act*: discretionary executive authority vested in the Minister and a judicial determination regarding the conduct in respect of which extradition is sought. That conduct is examined through the prism of Canadian law. But it remains the very conduct which, in the Minister's

d'extradition créerait, en l'absence d'explication raisonnable, une rupture totale entre les fonctions judiciaires et exécutives établies par la *Loi sur l'extradition*. Je conviens qu'il s'agit de fonctions distinctes, mais elles sont censées se compléter et non se contredire — être exercées en harmonie et non en dissonance.

[71] Ainsi, c'est le ministre et non le juge qui décide quelle infraction canadienne correspond le mieux aux *actes* pour lesquels l'extradition est demandée. Selon l'al. 15(3)c) de la Loi, l'arrêt introductif d'instance du ministre (« AII ») concernant la demande d'extradition *comporte* « la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé [. . .] et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b) ». Ces exigences sont cumulatives et non subsidiaires. L'infraction désignée doit, sur le plan juridique, combiner deux caractéristiques : (1) correspondre aux « actes reprochés à l'intéressé »; *et* (2) être sanctionnée par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus, dans le cas où un accord spécifique s'applique, ou par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus, dans le cas contraire. Aucune de ces deux caractéristiques ne suffit à elle seule suivant le sens clair et l'objectif manifeste de l'al. 15(3)c) de la Loi.

[72] C'est le juge, et non le ministre, qui détermine alors si la preuve produite lors de l'audience relative à l'incarcération justifierait le renvoi à procès pour l'infraction canadienne désignée par le ministre dans l'AII si *les actes* avaient été commis au Canada. Le juge rend cette décision sans égard à l'infraction punissable à l'étranger. Néanmoins, lorsqu'elle repose sur des conclusions de fait qui touchent nécessairement les *actes* inhérents à la fois à l'infraction canadienne et à l'infraction visée par la demande d'extradition, le ministre ne peut faire abstraction de ces conclusions. Affirmer le contraire amputerait la *Loi sur l'extradition* de l'une de ses deux caractéristiques essentielles : le pouvoir exécutif discrétionnaire dévolu au ministre et l'appréciation judiciaire des actes pour lesquels l'extradition est demandée. Ces actes sont examinés à travers le prisme du droit canadien. Mais ils

own view, crystallized in the ATP, corresponds to the alleged conduct for which the person is sought to be tried by the requesting state.

[73] I hasten to make it clear once more that the extradition judge is not concerned with the essential elements of the foreign offence, and that the Minister, in making an order to surrender, is not limited by the essential elements of the Canadian offence upon which committal has been ordered by the extradition judge. As Doherty J.A. put it in the Court of Appeal, “differences between the offence in the surrender order and the offence for which the fugitive was committed will render the surrender order unreasonable only in limited circumstances” (2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, at para. 25 (emphasis added)). One of those circumstances, in my view, is where there is evidence to support the Canadian offence but a total absence of evidence on one or more of the essential elements of the foreign offence for which surrender is ordered without explanation.

[74] Under Article 9 of the extradition treaty that concerns us here (Can. T.S. 1976 No. 3), the Minister must be provided by the requesting state with “a statement of the facts of the case [and] the text of the laws of the requesting State describing the offence”. The Minister cannot be expected to challenge this required description of the offence for which extradition is sought. But nor, in my view, may the Minister disregard it in determining whether there is at least some evidence on its essential elements. The extradition arrangement leaves no room for wilful blindness regarding either the essential elements of the offence for which extradition is sought or a total lack of evidence with respect to one or more of those elements.

III

[75] In Justice Charron’s view, “the Minister is not to assess whether the evidence adduced at a

demeurent les actes qui, du point de vue du ministre, cristallisé dans l’AII, correspondent aux actes reprochés pour lesquels l’État requérant veut que l’intéressé subisse son procès.

[73] Je m’empresse de préciser à nouveau que le juge d’extradition ne tient pas compte des éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger et que le ministre, en prenant un arrêté d’extradition, n’est pas limité par les éléments essentiels de l’infraction canadienne pour laquelle le juge d’extradition a ordonné l’incarcération. Pour reprendre les termes employés par le juge Doherty de la Cour d’appel, les [TRADUCTION] « différences entre l’infraction indiquée dans l’arrêté d’extradition et l’infraction pour laquelle le fugitif a été incarcéré ne rendront l’arrêté d’extradition déraisonnable que dans des circonstances limitées » (2008 ONCA 571, 91 OR. (3d) 401, par. 25 (je souligne)). Ces circonstances englobent, selon moi, celles dans lesquelles il existe des éléments de preuve qui étayent l’infraction canadienne, mais il n’existe absolument aucune preuve sur un ou plusieurs éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est néanmoins ordonnée, sans explication.

[74] Selon l’article 9 du traité d’extradition applicable en l’espèce (R.T. Can. 1976 n° 3), l’État requérant doit fournir au ministre un « énoncé des faits [et le] texte des dispositions des lois de l’État requérant décrivant l’infraction ». On ne peut s’attendre à ce que le ministre mette en doute cette description obligatoire de l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée. Je crois toutefois que le ministre ne peut pas non plus l’ignorer lorsqu’il détermine s’il existe au moins une preuve quelconque des éléments essentiels de l’infraction. L’arrangement en matière d’extradition exclut toute possibilité d’aveuglement volontaire à l’égard de l’un ou l’autre des éléments essentiels de l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée ou à l’égard de l’absence totale de preuve relativement à un ou plusieurs de ces éléments.

III

[75] De l’avis de la juge Charron, « le ministre ne doi[t] pas déterminer si la preuve présentée à

committal hearing satisfies the elements of the foreign offence” (para. 54). If this is meant to suggest that the Minister can turn a blind eye to a total absence of evidence on an undisputed element of the foreign offence, then, for the reasons given, I respectfully disagree.

[76] My colleague adds that, “in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct” (para. 54). As I understand my colleague’s reasons, this exception for a *discrepancy in jeopardy* relates only to *punishment*, or *the relative gravity of the offences*, and takes no account of the reasonableness of a conviction on the available evidence — even where there is no evidence at all on one or more elements of the foreign offence. In my respectful view, “jeopardy” is a function not only of the penalty provided, but of the reasonableness and likelihood of its illegal or unjust imposition.

[77] I return now to the issue that concerns us here: what some appellate courts have characterized as a substantive inconsistency — or “misalignment” — between the committal proceedings and the order of surrender. The term “misalignment” has given rise to some misunderstanding which should not obscure its limited meaning.

[78] “Misalignment” does not refer to a difference between the essential elements of the foreign offence specified in the Minister’s order of surrender and the essential elements of the Canadian offence for which the extradition judge has committed the fugitive. In the present context, “misalignment” is simply meant to signify a substantial discrepancy between the evidence placed before the extradition judge and the evidence that is plainly required to establish an undisputed element of the foreign offence.

l’audience relative à l’incarcération satisfait aux éléments de l’infraction punissable à l’étranger » (par. 54). S’il faut entendre par là que le ministre peut fermer les yeux sur l’absence totale de preuve d’un élément non contesté de l’infraction punissable à l’étranger, alors, pour les motifs déjà exposés et soit dit en toute déférence, je ne partage pas son opinion.

[76] Ma collègue ajoute que, « dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu’encourrait l’intéressé dans l’État requérant et celui auquel il serait exposé s’il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l’éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l’extrader ou non » (par. 54). À ce que je comprends des motifs de ma collègue, cette exception liée à un *écart sur le plan du risque* ne concerne que le *châtiment*, ou *la gravité relative des infractions*, et ne tient aucun compte du caractère raisonnable d’une condamnation au regard de la preuve disponible — même en l’absence de toute preuve sur l’un ou plusieurs des éléments de l’infraction punissable à l’étranger. En toute déférence, j’estime que le « risque » tient non seulement à la peine prévue, mais également à la raisonabilité et à la probabilité qu’elle soit infligée illégalement ou injustement.

[77] Revenons à la question que nous devons trancher en l’espèce : ce que certaines juridictions d’appel ont qualifié d’écart important — ou de « discordance » — entre la procédure d’incarcération et l’arrêt d’extradition. Le terme « discordance » a engendré une certaine confusion, qui ne doit pas en occulter le sens limité.

[78] La « discordance » ne renvoie pas à une différence entre les éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger désignée dans l’arrêt d’extradition et les éléments essentiels de l’infraction canadienne pour laquelle le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de l’intéressé. Dans le présent contexte, le terme « discordance » veut simplement désigner une différence importante entre la preuve présentée au juge d’extradition et la preuve manifestement requise pour établir un élément non contesté de l’infraction punissable à l’étranger.

[79] It is true, as Justice Charron points out, that it will not always be perfectly clear whether the foreign law requires proof of the identified element. There may be disputes between experts as to the precise meaning of the law in question. Where such a dispute exists, the Minister's decision to surrender would not be an unreasonable exercise of discretion. But where there is no dispute as to the essential elements, nor any question that there is a complete lack of evidence on one or more of the essential elements, it cannot be reasonable to order surrender of the fugitive without explanation.

[80] While that explanation, if there is one, should normally be provided by the Minister, it may also appear from other materials before the court on an application for judicial review. Indeed, it may well appear from the evidence adduced before the extradition judge.

[81] I agree with Justice Doherty, for the reasons he has given, that the Minister's explanation for the surrender order made in this case was entirely inadequate. With respect, however, I do believe that the record itself provides a sufficient explanation.

[82] It is true that the extradition judge found that there was no evidence of planning or deliberation before him and that Mr. Fischbacher's impugned conduct, had it occurred in Canada, would not warrant committal to trial for first degree murder. The Minister was entitled to consider, as he evidently did, that the finding of the extradition judge was inconclusive as regards the existence of evidence of "premeditation" within the meaning of the relevant Arizona statute.

[83] The Minister did have before him the opinion of one Arizona attorney that the "premeditation" requirement on a charge of first degree murder in that state means that the murder was "both planned and deliberate" — the standard applicable in Canada. The Minister, however, was hardly bound by that opinion, which was largely based on the

[79] Il est vrai, comme le souligne la juge Charron, qu'il ne sera pas toujours parfaitement clair si le droit étranger exige la preuve de l'élément en cause. Il est possible que les experts ne s'entendent pas sur la signification précise du droit applicable. Le cas échéant, le ministre n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable en décidant d'ordonner l'extradition. Lorsque, toutefois, les éléments essentiels ne sont pas contestés et l'absence totale de preuve sur un ou plusieurs éléments est indéniable, l'extradition de l'intéressé ne peut pas être raisonnable en l'absence d'une explication.

[80] Bien que, le cas échéant, cette explication doive normalement être donnée par le ministre, elle peut aussi ressortir d'autres documents soumis au tribunal dans le cadre d'une demande de révision judiciaire. En fait, il est très possible qu'elle se dégage de la preuve présentée devant le juge d'extradition.

[81] Je pense comme le juge Doherty, pour les motifs qu'il a lui-même exposés, que le ministre n'a pas expliqué adéquatement pourquoi il a pris un arrêté d'extradition en l'espèce. Je crois toutefois, avec égards, que le dossier même offre une explication suffisante.

[82] Certes, le juge d'extradition a conclu qu'aucune preuve que le meurtre aurait été commis avec préméditation et de propos délibéré (« *planned and deliberate* ») ne lui avait été soumise et que les actes reprochés à M. Fischbacher, s'ils avaient été commis au Canada, n'auraient pas justifié son renvoi à procès pour meurtre au premier degré. Le ministre pouvait toutefois considérer, comme il l'a manifestement fait, que la conclusion du juge d'extradition n'était pas concluante quant à l'existence d'une preuve de « préméditation » (« *premeditation* ») au sens de la loi applicable de l'Arizona.

[83] Le ministre disposait de l'opinion d'un avocat de l'Arizona selon laquelle la « préméditation » exigée relativement à une accusation de meurtre au premier degré dans cet État signifiait que le meurtre devait avoir été commis à la fois « avec préméditation et de propos délibéré » comme l'exige le droit canadien. Le ministre n'était

judgment of the Arizona Supreme Court in *State v. Thompson*, 204 Ariz. 471 (2003) — a decision that must now be read in the light of the same court's subsequent judgment in *State v. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009). In *Kiles*, at para. 18, the court found no error in the following instruction on the requirement of premeditation under Arizona law:

Premeditation means the defendant acts with the knowledge that he will kill another human being, when such intention or knowledge precedes the killing by a length of time to permit reflection. An act is not done with premeditation if it is the instant effect of a sudden quarrel or heat of passion.

[84] This is not the test that the extradition judge was required to apply in determining whether, on the evidence before him, Mr. Fischbacher's conduct was capable of satisfying the "planned and deliberate" requirement for first degree murder in Canada. In light of *Kiles*, however, I am unable to say there was in this case a total absence of evidence that is plainly required to establish premeditation under Arizona law.

[85] Though this alone would hardly suffice, the Minister did have before him an indictment returned by the grand jury in Arizona, charging Mr. Fischbacher with first degree murder, and a warrant of arrest signed by a Superior Court judge on the strength of that indictment. The Minister had as well a Certification of the Record of the Case for the Prosecution by a Deputy County Attorney attesting to the sufficiency, under Arizona law, of the summarized evidence to support a conviction for first degree murder.

[86] Nothing in the findings of the extradition judge pursuant to the committal proceedings in Canada is inconsistent with the grand jury indictment, the warrant issued by the Superior Court in Arizona, or the certified opinion of the Deputy County Attorney.

toutefois pas vraiment lié par cette opinion, qui reposait en grande partie sur la décision de la Cour suprême de l'Arizona dans *State c. Thompson*, 204 Ariz. 471 (2003) — un arrêt qui doit maintenant être interprété à la lumière de la décision subséquente de la même cour dans l'affaire *State c. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009). Dans *Kiles*, au par. 18, la cour n'a pas constaté d'erreur dans l'instruction suivante sur la préméditation exigée par le droit de l'Arizona :

[TRADUCTION] On entend par préméditation que le défendeur a agi en sachant qu'il causerait la mort d'un autre être humain, et qu'il le savait ou avait cette intention avant le meurtre, depuis assez longtemps pour avoir pu réfléchir à ses actes. Un acte n'est pas commis avec préméditation s'il est la conséquence immédiate d'une querelle soudaine ou du feu de la passion.

[84] Il ne s'agit pas du test que le juge d'extradition devait utiliser pour déterminer si, selon la preuve dont il disposait, les actes de M. Fischbacher pouvaient répondre au critère de la préméditation et du propos délibéré exigés pour qu'il y ait meurtre au premier degré en droit canadien. Toutefois, au regard de l'arrêt *Kiles*, je ne puis conclure en l'espèce à l'absence totale de la preuve manifestement requise pour établir la préméditation selon le droit de l'Arizona.

[85] Bien que cela ne suffise pas vraiment en soi, le ministre avait devant lui un acte d'accusation rapporté par le grand jury en Arizona, dans lequel M. Fischbacher était accusé de meurtre au premier degré, et un mandat d'arrêt signé par un juge de la Cour supérieure sur la foi de cet acte d'accusation. Le ministre avait aussi en sa possession une certification du dossier d'extradition signée par un sous-procureur du comté attestant que, selon le droit de l'Arizona, la preuve résumée était suffisante pour étayer une condamnation pour meurtre au premier degré.

[86] Aucune conclusion tirée par le juge d'extradition à l'issue de la procédure d'incarcération au Canada n'est incompatible avec la mise en accusation par le grand jury, le mandat lancé par la Cour supérieure en Arizona ou l'opinion certifiée du sous-procureur du comté.

IV

[87] I agree with Justice Doherty's statement of the governing principle of law. Where there is no evidence before the Minister capable of supporting an undisputed and essential element of the offence for which extradition is sought, the Minister's decision to surrender for that offence may well be unreasonable, absent some explanation.

[88] In this case, however, bearing in mind the elements I have mentioned and the discretion vested in the Minister, I cannot say he acted unreasonably in ordering the surrender of Mr. Fischbacher for trial in Arizona on a charge of first degree murder. As stated at the outset, I would therefore dispose of the appeal as Justice Charron suggests.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lafontaine & Associates, Toronto.

IV

[87] Je souscris à l'énoncé du principe juridique applicable formulé par le juge Doherty. Lorsque aucune preuve pouvant établir un élément non contesté et essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition n'est présentée au ministre, la décision du ministre d'ordonner l'extradition pour cette infraction peut très bien être déraisonnable en l'absence d'une explication.

[88] Cependant, dans le présent dossier, compte tenu des éléments que j'ai mentionnés et du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, il m'est impossible d'affirmer que le ministre a agi de façon déraisonnable en ordonnant que M. Fischbacher soit extradé afin de subir son procès pour meurtre au premier degré en Arizona. Par conséquent, comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose la juge Charron.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lafontaine & Associates, Toronto.