

**Commonwealth of Puerto Rico (Applicant)**

v.

**Humberto Pagan Hernandez (Respondent)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Pratte JJ.—Ottawa, November 15, 16 and 30, 1973.

*Judicial review—Extradition—Refusal of warrant for—Appeal—Dismissal by Federal Court for lack of jurisdiction—Appeal to Supreme Court—Affirmation of Federal Court of Appeal—Jurisdiction—Reference back to this Court for determination on the merits—Federal Court Act, s. 28(1)(c).*

The Commonwealth of Puerto Rico applied under section 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of the judge acting under the *Extradition Act* refusing to issue a warrant for the extradition of the respondent for trial on a murder charge. The application came before the Federal Court of Appeal on Aug. 2, 1972 (see [1972] F.C. 1076) when the Court held that it was without jurisdiction to entertain it. On October 29, 1973 the Supreme Court affirmed the jurisdiction of the Federal Court of Appeal in this matter and referred it back for determination on the merits. On November 15 and 16, 1973, the application was heard on the merits and dismissed—the reasons to be delivered at a later date.

*Held*, the application for review is dismissed. The extradition judge in reviewing the evidence applied the “probably guilty” test and concluded that the evidence did not show that the respondent was probably guilty. The evidence was not sufficient to put the respondent on trial. The judge’s conclusion cannot be regarded as having proceeded from any misdirection or error of law as to the function he was performing so as to bring the matter within the provisions of section 28 of the *Federal Court Act*.

*Schtraks v. Government of Israel* [1964] A.C. 556; *Ex parte Isaac Feinberg* (1901) 4 C.C.C. 270; *Re Latimer* (1906) 10 C.C.C. 244; *Ex parte Reid* (1954) 110 C.C.C. 260, applied.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

*G. R. Morin* and *J. L. Shields* for applicant.

*C. C. Ruby* and *B. Mergler* for respondent.

SOLICITORS:

*Soloway, Wright, Houston, Killeen* and *Greenberg*, Ottawa, for applicant.

*C. C. Ruby*, Toronto, for respondent.

THURLOW J.—This was an application under section 28 of the *Federal Court Act* to review

**L’État portoricain (Requérant)**

c.

**Humberto Pagan Hernandez (Intimé)**

<sup>a</sup> Cour d’appel, le juge en chef Jackett, les juges Thurlow et Pratte—Ottawa, les 15, 16 et 30 novembre 1973.

<sup>b</sup> *Examen judiciaire—Extradition—Refus de décerner un mandat d’extradition—Appel—Rejet de l’action par la Cour fédérale pour défaut de compétence—Appel à la Cour suprême—Confirmation de la compétence de la Cour d’appel fédérale—Compétence—Renvoi à la Cour pour jugement sur le fond—Loi sur la Cour fédérale, art. 28(1)(c).*

<sup>c</sup> L’État portoricain demande l’examen et l’annulation, en vertu de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de la décision du juge, agissant en vertu de la *Loi sur l’extradition*, qui refusa de décerner un mandat autorisant l’extradition de l’intimé afin qu’il réponde d’une accusation de meurtre. Le 2 août 1972, la demande a été soumise à la Cour d’appel fédérale (voir [1972] C.F. 1076) qui décida qu’elle n’avait pas compétence pour l’entendre. Le 29 octobre 1973, la Cour suprême a jugé ladite Cour compétente en l’espèce et lui a renvoyé la demande pour jugement sur le fond. L’audience s’est tenue les 15 et 16 novembre 1973 et la Cour a rejeté la demande tout en indiquant qu’elle rendrait les motifs à une date ultérieure.

<sup>e</sup> *Arrêt*: la demande d’examen est rejetée. Le juge d’extradition, procédant à l’examen de la preuve, a appliqué le critère de la «culpabilité probable» et a conclu que la preuve ne démontrait pas la culpabilité probable de l’intimé. La preuve n’était pas suffisante pour faire subir un procès à l’intimé. On ne peut soutenir que la conclusion du juge découle d’une conception erronée de son rôle ou d’une erreur de droit à cet égard, de façon à placer l’affaire dans le cadre des dispositions de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

<sup>f</sup> Arrêts suivis: *Schtraks c. Le gouvernement d’Israël* [1964] A.C. 556; *Ex parte Isaac Feinberg* (1901) 4 C.C.C. 270; *Re Latimer* (1906) 10 C.C.C. 224; *Ex parte Reid* (1954) 110 C.C.C. 260.

<sup>g</sup> DEMANDE d’examen judiciaire.

AVOCATS:

<sup>h</sup> *G. R. Morin* et *J. L. Shields* pour le requérant.

*C. C. Ruby* et *B. Mergler* pour l’intimé.

<sup>i</sup> PROCUREURS:

*Soloway, Wright, Houston, Killeen* et *Greenberg*, Ottawa, pour le requérant.

*C. C. Ruby*, Toronto, pour l’intimé.

<sup>j</sup> LE JUGE THURLOW—Cette demande, déposée en vertu de l’article 28 de la *Loi sur la Cour*

and set aside the decision of His Honour Judge A. E. Honeywell acting as a judge under the *Extradition Act* refusing to issue a warrant for the extradition of Humberto Pagan Hernandez, to whom I shall refer as the respondent, to Puerto Rico for trial on a charge of murder. The application came before this Court on August 2, 1972 [1972] F.C. 1076 when the Court held that it was without jurisdiction to entertain it. Subsequently on October 29, 1973 the Supreme Court affirmed the jurisdiction of this Court in the matter and referred it back to the Court for determination on the merits. Thereafter, on November 15 and 16, 1973 the application was heard on the merits and dismissed, the Court intimating that its reasons for this conclusion would be delivered at a later date.

The grounds upon which an application under section 28 of the *Federal Court Act* may be made, as set out in that section, are defined broadly enough to include any question of law or jurisdiction. The nature of the proceeding, however, is not that of a rehearing of the matter but is a review of the legality of what has transpired and this Court, while authorized to set the decision or order aside and to return the matter to the tribunal with directions, is not empowered, as is usual under appeal provisions, to give the decision or order that, in its opinion, the tribunal ought to have given. Nor is the Court authorized to reweigh the evidence and substitute its own view of the facts for that reached by the tribunal. In this area the jurisdiction is merely to set aside a decision based on a finding of fact that is not sustainable in law and thus falls within the meaning of section 28(1)(c).

As I see it, it is within these limits that the Court had authority to review the decision here in question. By the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21 and Article X of the *Ashburton Treaty*, the extradition judge is required to issue his warrant for the committal of the fugitive for extradition if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada and if such evidence is not

*fédérale*, vise l'examen et l'annulation de la décision par laquelle M. le juge A. E. Honeywell, agissant à titre de juge d'extradition en vertu de la *Loi sur l'extradition*, a refusé de décerner un mandat autorisant l'extradition à Porto Rico de Humberto Pagan Hernandez, que j'appellerai ci-après l'intimé, afin d'y répondre d'une accusation de meurtre. La demande a été soumise à la Cour le 2 août 1972 [1972] C.F. 1076 et la Cour avait alors décidé qu'elle n'était pas compétente pour l'entendre. Le 29 octobre 1973, la Cour suprême a jugé la Cour compétente en l'espèce et lui a renvoyé la demande pour jugement sur le fond. L'audience s'est tenue les 15 et 16 novembre 1973 et la Cour a rejeté la demande tout en indiquant qu'elle rendrait les motifs de sa décision à une date ultérieure.

Les motifs sur lesquels on peut fonder une demande déposée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* sont définis dans ce texte de manière suffisamment large pour comprendre toute question de droit ou de compétence. Cette procédure ne constitue cependant pas une nouvelle audition de la cause, mais un examen de la légalité du déroulement de l'affaire. Bien que la Cour puisse annuler la décision ou l'ordonnance et renvoyer l'affaire devant le tribunal avec des directives, elle n'a pas le pouvoir, alors qu'en général les dispositions relatives aux appels le prévoient, de rendre la décision ou l'ordonnance qu'à son avis le tribunal aurait dû rendre. La Cour n'a pas non plus compétence pour procéder à une nouvelle évaluation de la preuve et pour substituer son appréciation des faits à celle du tribunal. En la matière, la compétence de la Cour ne l'autorise qu'à annuler une décision basée sur une conclusion de fait qui n'est pas fondée en droit et qui relève ainsi de l'article 28(1)(c).

A mon sens, c'est dans ce cadre que la Cour avait compétence pour examiner la décision en cause. Selon la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21 et l'article X du *Traité Ashburton*, le juge d'extradition doit lancer un mandat pour faire incarcérer le fugitif en vue de son extradition lorsqu'il est produit une preuve qui d'après le droit canadien justifierait son incarcération préventive si le crime avait été commis au Canada. Si cette preuve n'est pas produite, le

produced he is to be discharged. Under section 475 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, a justice holding a preliminary inquiry is required to commit the accused for trial "if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial" and if, in his opinion, no sufficient case is made out he is to discharge the accused. The standard of proof so required is neither absolute nor precise but depends on a value judgment of the sufficiency of the evidence to justify putting the accused on trial for the alleged offence. It seems clear that at least in cases where honest opinions may differ as to the sufficiency of the evidence, it can scarcely be said that there is error in law in the justice's disposition of the case merely because a reviewing Court or some of its members might have inclined to a different result had it been the tribunal holding the inquiry. Something more than that would undoubtedly be required before a reviewing Court could be expected to interfere even if it had jurisdiction to review the facts and to decide the case upon its own view of them. But where, as here, the jurisdiction to review is confined to matters of law, apart from misdirection or error of law in the conduct of the proceedings, the Court, in my opinion, is entitled to interfere only when the case is one of so gross an error in the appreciation of the case presented as to indicate not merely a misjudgment of the effect of marginal evidence but a disregard of material before the tribunal of such a nature as to amount to an error of law or to give rise to an inference that some erroneous principle has been followed and thus bring the error within the scope of section 28(1)(c).

That the statutory provision contemplates that there is an area of discretion within which the opinion of the justice, if capable of being supported as a reasonable conclusion on the evidence, must prevail is supported by the opinions of at least three of the Law Lords in *Schtraks v. Government of Israel* [1964] A.C. 556. Thus Lord Reid said at page 579:

juge doit ordonner que le fugitif soit élargi. Suivant l'article 475 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, un juge de paix procédant à une enquête préliminaire, doit «si à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne en jugement», renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès. Si, à son avis, il n'a pas été établi de motif suffisant pour la faire passer en jugement, il doit libérer la personne inculpée. Le type de preuve exigée n'est ni absolu ni précis, il dépend d'un jugement de valeur qui détermine si la preuve est suffisante pour justifier le procès de l'inculpé pour l'infraction alléguée. Il semble évident, du moins dans les cas où, de bonne foi, on peut avoir des avis différents quant au caractère suffisant de la preuve, qu'on ne saurait prétendre entachée d'une erreur de droit la décision d'un juge de paix pour l'unique motif qu'une Cour procédant à l'examen de cette décision, ou certains de ses membres, aurait incliné vers une solution différente si c'est elle qui avait mené l'enquête. Il est certain que ce motif ne suffirait pas à justifier l'intervention d'une Cour procédant à l'examen de la décision, même si cette dernière était compétente pour examiner les faits et pour rendre une décision fondée sur sa propre appréciation de ceux-ci. Dans les cas tels que celui-ci, où la compétence d'examen est limitée aux questions de droit, la Cour, à mon sens, ne peut intervenir, en dehors de toute interprétation erronée du juge ou d'erreur de droit au cours des procédures, que lorsque l'erreur commise dans l'appréciation du dossier soumis est si lourde qu'elle ne constitue pas seulement une erreur de jugement quant à l'effet d'une preuve marginale, mais un tel mépris des éléments de preuve présentés à la Cour que cela revient à une erreur de droit ou porte à conclure qu'on a fait application d'un principe erroné, l'article 28(1)(c) s'appliquant alors.

Au moins trois des lords juges appelés à se prononcer dans l'affaire *Schtraks c. Le gouvernement d'Israël* [1964] A.C. 556 estiment que la loi entend laisser au juge de paix un domaine discrétionnaire au sein duquel son point de vue doit prévaloir si l'on peut soutenir qu'il s'agit d'une conclusion raisonnable vu la preuve présentée. Ainsi, à la page 579, Lord Reid déclare:

This House has no wider powers than the powers of a court. I do not find it necessary in this case to define precisely what those powers are. The court, and on appeal this House, can and must consider whether on the material before the magistrate a reasonable magistrate would have been entitled to commit the accused, but neither a court nor this House can retry the case so as to substitute its discretion for that of the magistrate.

Lord Evershed, with whom Viscount Radcliffe agreed on this point, said at page 600:

I take the proper test to be the test which was accepted by the Lord Chief Justice, namely, that there must be before the magistrate such evidence that, if it be uncontradicted at the trial, a reasonably minded jury may convict upon it. Applying this test it cannot, as it seems to me, be seriously suggested that, upon the facts as I have stated them, there was not before the magistrate evidence upon which, in the proper exercise of his discretion, he could, on the charge of perjury, commit the appellant.

In Canada the test of the sufficiency of evidence to put an accused person on trial which has been applied in a number of cases to which reference was made by the learned extradition judge is that propounded in *Ex parte Isaac Feinberg* (1901) 4 C.C.C. 270 where Würtele J. said at pages 272-73:

By the Extradition Act, in the case of a fugitive who is accused of having committed an extradition crime, such evidence must be produced as will, according to the law of Canada, justify his committal for trial, but subject, however, to the provisions of the Act.

When a person is accused of having committed a crime in Canada, he is brought before a magistrate, who holds a preliminary enquiry, and examines the witnesses who are called before him. The magistrate does not try the accused; he hears the evidence adduced, and if he thinks, not that enough has been proved to declare him guilty, but that the evidence is at least sufficient to put him on his trial, he commits him for trial.

Evidence to justify commitment, and not conviction, is sufficient, and it is not necessary that it should amount to proof of the accused guilty and be sufficient on trial to sustain the charge. The evidence to justify the holding of an accused for trial is only such as amounts to probable cause to believe him guilty. It is not necessary that it be sufficiently conclusive to authorize his conviction. To convict there must be evidence which leaves no reasonable doubt of guilt, but to commit only requires that the circumstances proved are sufficiently strong in themselves to warrant a cautious man in the belief that the person accused is probably guilty of the offence with which he is charged. (1 Moore, pp. 520, 521, 522). The purport of the inquiry is merely to determine whether a case is made out to justify the holding of the accused to ultimately answer to an indictment on which he

[TRADUCTION] Les pouvoirs de cette chambre ne dépassent pas ceux d'un tribunal. Je ne considère pas utile en l'espèce d'en donner une définition précise. La cour et, en appel, cette chambre peuvent et même doivent rechercher si, au vu des éléments de preuve présentés au magistrat, un magistrat raisonnable aurait été fondé à procéder à l'incarcération de l'accusé, mais ni la cour ni cette chambre ne peut juger le procès à nouveau afin de substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du magistrat.

Lord Evershed, le vicomte Radcliffe étant du même avis sur ce point, déclare à la page 600:

[TRADUCTION] A mon sens, le critère qu'il convient d'appliquer est celui adopté par le lord juge en chef, à savoir que le magistrat doit se trouver devant des preuves telles que, si elles ne sont pas contredites à l'audience, un jury raisonnable pourrait fonder sur elles une déclaration de culpabilité. En appliquant ce critère, il me semble qu'on ne peut sérieusement soutenir, vu les faits tels que je les ai relatés, que le magistrat ne se trouvait pas en présence de preuves suffisantes pour lui permettre, dans l'exercice régulier de son pouvoir discrétionnaire, de faire incarcérer l'appelant sous une accusation de parjure.

Au Canada, on a appliqué dans un certain nombre d'affaires citées par le savant juge d'extradition le critère du caractère suffisant de la preuve qu'exige la mise en accusation d'un inculpé. Ce critère a été établi par l'arrêt *Ex parte Isaac Feinberg* (1901) 4 C.C.C. 270 où le juge Würtele a déclaré aux pages 272-73:

[TRADUCTION] Selon la Loi d'extradition, dans le cas d'un fugitif accusé d'avoir commis un crime entraînant l'extradition, il faut que soit produite une preuve qui, d'après le droit canadien, justifierait sa mise en accusation sous réserve des dispositions de la loi.

Quand une personne est accusée d'avoir commis un crime au Canada, elle est traduite devant un magistrat qui procède à une enquête préliminaire et qui interroge les témoins cités à comparaître. Le magistrat ne juge pas l'accusé; il examine la preuve présentée et, s'il estime non pas que la preuve est suffisante pour fonder une déclaration de culpabilité, mais qu'elle est suffisante pour lui faire subir un procès, il procède à l'incarcération préventive.

On exige simplement que la preuve justifie l'incarcération préventive et non une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire que cette preuve démontre la culpabilité de l'accusé et suffise, lors du procès, à fonder une déclaration de culpabilité. La preuve justifiant l'incarcération préventive d'un accusé doit seulement être telle qu'on puisse raisonnablement croire en sa culpabilité. Il n'est pas nécessaire que cette preuve soit décisive au point de pouvoir entraîner sa condamnation. On ne peut condamner qu'au vu d'une preuve qui retire tout doute raisonnable quant à la culpabilité, mais une incarcération exige simplement que les faits établis soient suffisamment forts en eux-mêmes pour fonder chez un homme prudent la conviction que l'accusé est probablement coupable de l'infraction qu'il lui est imputée. (1 Moore, pp. 520, 521, 522). Le but de l'enquête est

shall be finally tried upon the charge made against him and at which trial he will have the right to make a full defence. (1 Moore p. 522).

See also *Rex v. Cowden* (1947) 90 C.C.C. 101 at page 104; *Re Goodman* (1916) 26 C.C.C. 254 at pages 259-60; *Re Rosenberg* (1918) 29 C.C.C. 309 at page 314; and *Regina v. Sednyk* (1956) 115 C.C.C. 128 at page 131.

The test was put in a different form in *Re Latimer* (1906) 10 C.C.C. 244 by Sifton C.J. who said at page 247:

This constitutes the evidence that has been adduced before this Court; and the question then arises as to my duty under the circumstances as shewn by this evidence. As has been stated, this is in no manner a trial of the accused. He may be innocent or guilty of the offence of which he is charged. The duty that is laid upon me is to consider as to whether the evidence that has been adduced in the absence of contradiction would be such as to justify a magistrate in a similar case under our law committing him for the purpose of standing his trial. Practically it amounts to the same thing as if in a trial with a Judge and jury, there was such evidence that the Judge would not be justified in withdrawing the case from the jury.

This appears to require a somewhat higher standard of proof than the "probably guilty" test of the *Feinberg* case (*supra*).

In *Ex parte Reid* (1954) 110 C.C.C. 260 Spence J. of the High Court of Justice of Ontario (as he then was) in the course of his reasons for discharging on *habeas corpus* an accused person who had been committed for trial referred to both tests in the following passage at pages 261-62:

It has been said that the evidence to justify the holding of the accused for trial must be such as to cause the Magistrate to believe that the accused probably was guilty. A practical test was suggested in *Re Latimer* (1906), 10 Can. C.C. 244, as being whether on the evidence a Judge who was presiding at a jury trial would be justified in withdrawing the case from the jury. I am very strongly of the opinion that if I were presiding at the trial of this charge and the evidence adduced on behalf of the Crown against Reid was the evidence which I have read in the transcript of the preliminary hearing I would be forced to discharge the accused and would feel it my duty to do so even if his counsel failed to make any such application. That test is of course stricter than the one which is ordinarily applied, that is, that the cautious man should believe on the evidence adduced at the preliminary that the accused probably was guilty.

seulement de décider si la preuve justifie la détention d'un accusé en vue de son procès pour qu'il réponde de cette accusation. A ce procès, il aura le droit de présenter une défense complète. (1 Moore p. 522).

Voir également *Rex c. Cowden* (1947) 90 C.C.C. 101 à la page 104; *Re Goodman* (1916) 26 C.C.C. 254 aux pages 259-60; *Re Rosenberg* (1918) 29 C.C.C. 309 à la page 314 et *Regina c. Sednyk* (1956) 115 C.C.C. 128 à la page 131.

Le critère a été exposé de façon différente dans l'arrêt *Re Latimer* (1906) 10 C.C.C. 244 par le juge en chef Sifton qui déclare à la page 247:

[TRADUCTION] Ceci constitue la preuve présentée à cette Cour; il convient maintenant de déterminer ce que je dois faire vu les circonstances révélées par la preuve. Comme nous l'avons dit, il ne s'agit pas du tout du procès de l'accusé. Il peut être innocent ou coupable de l'infraction qui lui est imputée. Il m'incombe de décider si, en l'absence d'éléments contraires, la preuve soumise permettrait à un magistrat, d'après notre droit et dans une affaire semblable, de procéder à son incarcération préventive en vue de son procès. En pratique, cela revient à peu près à la même chose que si, au cours d'un procès avec un juge et un jury, la preuve était telle qu'elle empêchait le juge de dessaisir le jury.

Ceci semble poser un critère de preuve un peu plus exigeant que le critère de la «culpabilité probable» que l'on trouve dans l'arrêt *Feinberg* (précité).

Dans l'arrêt *Ex parte Reid* (1954) 110 C.C.C. 260 le juge Spence, alors juge à la Haute Cour de l'Ontario, dans les motifs de sa décision d'accorder un bref de *habeas corpus* pour l'élargissement d'un prévenu, se réfère aux deux critères dans le passage suivant qui se trouve aux pages 261-62:

[TRADUCTION] Il a été affirmé que la preuve justifiant la détention préventive d'un accusé doit être telle qu'elle entraîne chez le magistrat la conviction que l'accusé est probablement coupable. L'arrêt *Re Latimer* (1906), 10 Can. C.C. 244, propose un critère pratique qui consiste à se demander si le juge présidant l'audience d'un procès avec jury pourrait, au vu de la preuve, être justifié à dessaisir le jury. Je suis fermement convaincu que si je présidais l'audition de cette accusation et que la preuve présentée au nom de la Couronne contre Reid était celle que j'ai lue dans la transcription des notes prises à l'enquête préliminaire, je serais obligé d'élargir l'accusé et je sentirais qu'il m'appartient de le faire même si son avocat n'en a pas fait la demande. Ce critère, bien sûr, est plus rigoureux que celui qui est retenu d'ordinaire, à savoir, la conviction d'un homme prudent, au vu de la preuve présentée à l'enquête préliminaire, de la culpabilité probable de l'accusé.

In *Schtraks v. Government of Israel* (*supra*) the test was put in yet another way but the substance of what is required by it does not in my opinion differ from the test of whether the case is one that the trial judge would be justified in withdrawing from the jury. Lord Reid expressed it thus at page 580:

Next it is necessary to determine whether the material before the magistrate was adequate to justify committal. The main objection to it is that the Kots or at least two of the three were accomplices and that two of the Kots were in prison when their statements were taken. It is not in dispute that the proper test for the magistrate to apply was whether, if this evidence stood alone at the trial, a reasonable jury properly directed could accept it and find a verdict of guilty.

Lord Evershed expressed it in similar language at page 600 in the passage already quoted from his reasons.

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

Dans l'arrêt *Schtraks c. Le gouvernement d'Israël* (précité) le critère est formulé d'une manière encore un peu différente mais, à mon sens, ce qu'il exige fondamentalement ne diffère pas de ce qu'exige le critère portant sur le point de savoir s'il s'agit d'une affaire dans laquelle le juge serait fondé à dessaisir le jury. Lord Reid, à la page 580, s'est exprimé ainsi sur cette question:

[TRADUCTION] Il faut maintenant décider si la preuve soumise au magistrat suffisait à justifier une incarcération préventive. L'objection principale à l'incarcération préventive était que les Kots ou du moins deux d'entre eux étaient complices et que deux des trois se trouvaient en prison lorsqu'ont été recueillies leurs dépositions. Nul ne conteste que le critère que doit appliquer le magistrat est celui de savoir si, dans l'hypothèse où cette preuve est la seule présentée au procès, un jury raisonnable et correctement instruit accepterait de fonder sur elle un verdict de culpabilité.

Dans ses motifs, dont un extrait a déjà été cité (page 600), Lord Evershed s'exprimait de la même façon.

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

The event from which the charge of murder against the respondent arose occurred on the campus of the University of Puerto Rico at or near the City of San Juan. At the material time the respondent was enrolled as a student at the University and he was also one of the leaders of a student group which advocated independence for Puerto Rico. On March 11, 1971 a disturbance of some proportions and duration occurred on the campus of the University resulting from a confrontation between student members of the ROTC which numbered about 100 and a much larger number of other students who, it seems, were opposed to the presence of an ROTC organization in the University. When violence erupted the police were called in. Stone throwing and shooting followed, in the course of which several police officers and others were hit and the commander of the police force was killed. There was evidence, which the learned judge regarded as ample, indicating that the commander was killed by a bullet fired in a southerly direction from a distance of about 140 feet by a person standing or crouching at or behind the northwest corner of a monument. There was also evidence given by Jose Raphael Atilano, the second-in-command of the police detachment which had been dispatched to the University, that at or about that time he was at a point which the plan (Ex. 2) indicates to have been about 180 feet from the gunman and some 60 feet to the westward of the commander, that from there he saw the gunman and heard the shooting and he thereupon ran northerly along a sidewalk, which is roughly parallel to the direction in which the gunman had fired, in order to get a better view of him. He said that from his experience he was sure that the gun was a .45 calibre revolver and that he observed that the gunman was about 5' 9" in height, that he had sideburns and that his complexion was slightly whiter than his own. The gunman was behind the monument with his left hand against the northern side of it and was holding his gun in his right hand against the western side of the monument. The witness said that he ran some 40 steps along the sidewalk, which the plan indicates is nowhere nearer to the monument than some 54 feet, and that the gunman saw him approaching, turned his face in the witness's

L'événement qui a donné naissance à la mise en accusation pour crime de l'intimé s'est produit sur le campus de l'université de Porto Rico à San Juan ou aux alentours. A l'époque en question, l'intimé était inscrit comme étudiant à l'université et était l'un des chefs d'un groupe d'étudiants qui prônaient l'indépendance de Porto Rico. Le 11 mars 1971, une manifestation d'une certaine envergure et d'une certaine durée se produisit sur le campus de l'université et entraîna une confrontation entre une certaine d'étudiants membres du ROTC (corps d'entraînement des officiers de réserve) et un nombre beaucoup plus élevé d'autres étudiants qui, semble-t-il, s'opposaient à la présence de cette organisation à l'université. On a fait appel à la police quand la bagarre a éclaté. Des jets de pierre et des coups de feu suivirent, plusieurs personnes, policiers et civils, furent atteintes et le commandant du détachement de police fut tué. Selon les preuves produites, que le savant juge a considérées suffisantes, le commandant a été tué par une balle tirée dans une direction sud, d'une distance d'à peu près 140 pieds, par une personne se tenant debout ou accroupie derrière le coin nord-ouest d'un monument. José Raphael Atilano, commandant-adjoint du détachement de police envoyé à l'université, a témoigné qu'au moment du coup de feu ou à peu près à ce moment, il se trouvait à un endroit situé d'après le plan (pièce 2) à 180 pieds environ du tireur et à 60 pieds environ à l'ouest du commandant. Il a affirmé dans sa déposition avoir vu le tireur et entendu le coup de feu et, tout de suite après, avoir couru vers le nord le long d'un trottoir à peu près parallèle à la trajectoire de la balle afin de mieux voir le tireur. Il a déclaré qu'il s'agissait à coup sûr d'un pistolet Colt .45, que le tireur mesurait à peu près 5'9", qu'il avait des favoris et que son teint était un peu plus pâle que le sien. Le tireur se trouvait derrière le monument, sa main gauche appuyée contre le coin nord, et il tenait son arme de la main droite contre le côté ouest du monument. Le témoin dit avoir couru une quarantaine de pas le long du trottoir qui, d'après le plan, est situé à 54 pieds au moins du monument. Il ajoute que le tireur l'a vu s'approcher, que celui-ci a tourné son visage vers lui pendant un instant, ainsi qu'il en a fait la démonstration, soit au plus deux

direction for a period which the witness demonstrated and which was said to have been some two seconds or less, then turned and ran away.

More than a year later, before the learned extradition judge, the witness stated positively that the respondent was the gunman. Cross-examination elicited the fact that the witness had not been acquainted with the respondent prior to March 11, 1971 and there was no evidence that he had seen the respondent in the meantime. There was, however, evidence that the police had received a tip indicating that the respondent had been the gunman whereupon the respondent's identification card, which included his name and photograph, had been obtained from the University along with the cards of some 22 others and that between March 13 and 15, 1971 the witness had been shown these cards and a police album of photographs and had selected the identification card of the respondent. The respondent was arrested in Puerto Rico on March 16, 1971 and was later released pending judgment on an application by him for *habeas corpus* and he remained at liberty pending judgment on an appeal from the dismissal of that application. In the meantime a date was set for his trial on the charge of murder but he did not appear to take his trial and fled to this country. No other evidence was given either corroborating that of the witness Atilano or so much as indicating that the respondent was present on the campus or anywhere in the vicinity on the day of the killing or that he ever was in possession of a .45 calibre or any other gun. At the hearing before the learned judge counsel for the Commonwealth of Puerto Rico took the position that the evidence of the witness Atilano was the only direct evidence implicating the respondent in the shooting and founded his case on the submission that that evidence was sufficient for committal of the respondent for extradition. He took the same position on the application before this Court.

The learned extradition judge, in a carefully considered opinion delivered orally at the conclusion of the hearing and in a subsequent written opinion, pointed out the weaknesses and shortcomings of the evidence implicating the

secondes, puis le tireur s'est retourné et s'est enfuit.

Plus d'une année après, devant le savant juge d'extradition le témoin a formellement reconnu l'intimé comme étant le tireur. Le contre-interrogatoire a révélé que le témoin ne connaissait pas l'intimé avant le 11 mars 1971 et rien n'indique qu'il l'ait vu depuis. Toutefois, on a fait valoir en preuve que la police avait reçu un renseignement d'après lequel l'intimé était bien le tireur et avait sur ce obtenu de l'université la carte d'identité de l'intimé où figuraient son nom et sa photographie, ainsi que les cartes de quelque 22 autres étudiants. Selon ladite preuve, entre les 13 et 15 mars 1971, on a présenté ces cartes et un album de photographies appartenant à la police au témoin qui a désigné la carte de l'intimé. L'intimé a été arrêté à Porto Rico le 16 mars 1971. Il a ensuite été relâché en attendant qu'il soit statué sur sa demande d'*habeas corpus* et il est resté en liberté en attendant que soit tranché l'appel interjeté du rejet de ladite demande. Entre temps, une date fut fixée pour son procès pour meurtre, mais il ne s'y est pas présenté et s'est réfugié dans ce pays. Aucune preuve n'est venue confirmer le témoignage d'Atilano, ne serait-ce que sur le point de savoir si l'intimé se trouvait effectivement sur le campus ou aux environs le jour du meurtre ou s'il avait jamais détenu un Colt .45 ou un autre pistolet. A l'audience devant le savant juge, l'avocat de l'État de Porto Rico a reconnu que le témoignage d'Atilano était la seule preuve directe impliquant l'intimé dans la fusillade et il a fondé son dossier sur le fait que les preuves présentées suffisaient à faire incarcérer l'intimé en vue de son extradition. Il a soutenu ce même argument dans sa demande devant cette Cour.

Dans une décision prononcée à l'issue de l'audience et soigneusement motivée, ainsi que dans ses motifs rédigés ultérieurement, le savant juge d'extradition a fait ressortir les faiblesses et les insuffisances de la preuve impliquant l'intimé



respondent in the murder and concluded that it was not sufficient to put the respondent on trial. He considered himself bound to resolve any doubt as to the sufficiency of the evidence in favour of committal but expressed the view that there was no doubt in his mind of its insufficiency.

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

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

It was submitted that the learned judge erred in law in holding that the identification evidence of the witness Atilano was of no weight or value in the absence of supporting evidence and in holding that the evidence of Atilano was an opinion rather than a positive identification. I regard these however not as rulings on questions of law by the learned judge but as his impression of the value or weight of the particu-

dans ce meurtre et il a conclu que la preuve ne suffisait pas à faire incarcérer l'intimé. Il s'est jugé tenu de dissiper tous les doutes quant au caractère suffisant de la preuve tendant à l'incarcération de l'intimé; il a donc déclaré qu'à son avis, l'insuffisance de la preuve ne faisait aucun doute.

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

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

On a prétendu que le savant juge avait commis une erreur de droit en décidant que la preuve de l'identification faite par le témoin Atilano ne pouvait pas être retenue en l'absence d'autres preuves à cet égard et en jugeant que le témoignage d'Atilano constituait une opinion plutôt qu'une identification formelle. Je ne considère pas ces décisions comme des jugements du savant juge sur des points de droit mais

lar testimony. It seems perfectly obvious that on the facts the identification could be put no higher than an opinion which the witness had formed and that without further supporting material or corroboration it could not reasonably be taken seriously.

It was also urged that the learned judge erred in law in having weighed the testimony and thus usurped the function of the jury to determine the credibility of the witnesses and the value of their testimony. I do not regard it as possible, however, for an extradition judge to perform his function without having some regard for the obvious weight or lack of weight of testimony put before him. He must, I think, weigh it in a rough scale to determine its usefulness at a trial and what conclusions the whole or parts of it would support. Here the learned judge on more than one occasion mentioned that it was not his function to weigh the evidence but simply to determine its sufficiency and I do not think his conclusion can be regarded as having proceeded from any misdirection or error of law as to the function he was performing. He applied the "probably guilty" test and concluded that the evidence did not show that the respondent was probably guilty, a conclusion which, with respect, I share, and as that is the lowest of the several standards which I discussed earlier in these reasons it can scarcely be said that the conclusion could have been anything but the same had any of the more stringent standards of sufficiency been applied.

The application in my opinion accordingly failed and was therefore dismissed.

\* \* \*

JACKETT C.J. and PRATTE J. concurred.

plutôt comme son opinion sur la valeur ou le poids du témoignage donné. Il me semble parfaitement clair que, vu les faits, on ne pouvait pas considérer l'identification comme étant plus qu'une simple opinion formée par un témoin et, en l'absence de toute preuve supplémentaire ou de confirmation, on ne pouvait pas sérieusement retenir cette opinion.

On a également soutenu que le savant juge avait commis une erreur de droit en évaluant le témoignage, usurpant ainsi les fonctions du jury d'apprécier la crédibilité des témoins et la valeur de leurs témoignages. Toutefois, je ne considère pas qu'il soit possible pour un juge d'extradition d'exercer ses fonctions sans tenir compte du poids ou du manque de poids manifestes d'un témoignage qui lui est soumis. J'estime qu'il appartient de l'évaluer approximativement pour déterminer son utilité au procès ainsi que les conclusions que tout ou partie de ce témoignage pourrait appuyer. Le savant juge, en l'espèce, a déclaré à plusieurs reprises qu'il ne lui appartenait pas de peser la preuve mais simplement de se prononcer sur son caractère suffisant et je ne pense pas que l'on puisse soutenir que sa conclusion découle d'une conception erronée de son rôle ou d'une erreur de droit à cet égard. Il a fait application du critère de la «culpabilité probable» et il a conclu que la preuve ne démontrait pas la culpabilité probable de l'intimé, conclusion qu'en toute déférence, je partage. Dans la mesure où ce critère est le moins exigeant des critères que j'ai précédemment examinés dans ces motifs, on ne saurait prétendre que la conclusion aurait été différente si l'on avait appliqué des critères plus exigeants relativement au caractère suffisant de la preuve.

J'estime que la demande n'est pas fondée et qu'il convient donc de la rejeter.

\* \* \*

LE JUGE EN CHEF JACKETT et LE JUGE PRATTE ont souscrit à l'avis.