

A-529-82

A-529-82

Federal Republic of Germany (Applicant)

v.

Helmut Rauca (Respondent)

Court of Appeal, Heald, Urie JJ. and Cowan D.J.—Toronto, July 30; Ottawa, August 9, 1982.

Judicial review — Applications to review — Extradition — Application to review and set aside bail order of Ontario High Court Justice pending extradition hearing for alleged war crimes — Decision reviewable by Federal Court of Appeal since High Court Justice acting under Extradition Act is acting as federal board, commission or tribunal within s. 28 of Federal Court Act — Usual tests for bail applicable to all Canadians charged with an offence apply notwithstanding enormity of alleged crimes — Trial Judge found that respondent likely to appear for extradition hearing and that there was no evidence respondent poses threat to public — Application dismissed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 9, 10, 13.

This is a section 28 application to review and set aside a bail order of a High Court of Ontario Justice pursuant to the *Extradition Act*. The respondent was accused of war crimes in the Federal Republic of Germany and was arrested in Canada under the *Extradition Act*. He was released on conditions including a recognizance of \$150,000. The applicant applied for review on the grounds that the tests to be applied for the granting of bail in extradition cases were more stringent than in ordinary bail hearings. The enormity of the crimes with which the respondent was charged and the strength of the evidence against him gave him sufficient motive to flee the jurisdiction so that there is a real risk that he will not appear for the extradition hearing.

Held, the application is dismissed. The respondent is a Canadian citizen, had no criminal record in Canada, has roots in Canada and is 73 years of age. A Canadian citizen who is charged with an offence in a foreign country for which he may be extradited ought not to have his right to bail abrogated if he satisfies the usual tests applicable in the exercise of judicial discretion to grant bail. The Extradition Judge did not err when he found that the evidence, though significant, would not constitute a strong case until it could be assessed at the extradition hearing. The Extradition Judge found that the respondent was likely to appear, and that he posed no menace to the public, thereby satisfying the proper tests for granting bail.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**FOLLOWED:**

Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez, [1975] 1 S.C.R. 228.

République fédérale d'Allemagne (requérante)

c.

Helmut Rauca (intimé)

Cour d'appel, juges Heald et Urie, juge suppléant Cowan—Toronto, 30 juillet; Ottawa, 9 août 1982.

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Extradition — Demande visant à l'examen et à l'annulation de l'ordonnance de cautionnement rendue par la Haute Cour de Justice en attendant l'audience d'extradition sur allégation de crimes de guerre — Décision révisable par la Cour d'appel fédérale puisque, lorsque la Haute Cour de Justice agit en vertu de la Loi sur l'extradition, elle agit à titre d'office, de commission ou de tribunal fédéral aux termes de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale — Les critères ordinairement applicables à tous les citoyens canadiens accusés d'un acte criminel s'appliquent en dépit de l'énormité des crimes imputés — Le juge de première instance a conclu que l'intimé se présentera vraisemblablement à l'audience d'extradition et que rien dans la preuve n'indique que l'intimé constitue une menace pour le public — Demande rejetée — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 9, 10, 13.

Il s'agit d'une demande en vertu de l'article 28 visant à l'examen et à l'annulation d'une ordonnance de cautionnement rendue par la Haute Cour de Justice de l'Ontario en application de la *Loi sur l'extradition*. L'intimé a été accusé, en République fédérale d'Allemagne, de crimes de guerre et arrêté au Canada en vertu de la *Loi sur l'extradition*. Il a été remis en liberté sous diverses conditions dont un engagement au montant de 150 000 \$. La requérante demande la révision de cette décision pour le motif que les critères applicables pour l'admission à cautionnement dans des affaires d'extradition sont plus stricts que ceux qui s'appliquent à des enquêtes sur cautionnement ordinaires. L'énormité des crimes reprochés à l'intimé et le poids de la preuve invoquée contre lui lui fournissent des motifs de quitter le pays de sorte qu'il y a un danger réel qu'il ne se présente pas à l'audience d'extradition.

Arrêt: la demande est rejetée. L'intimé est citoyen canadien et il n'a pas d'antécédents criminels au Canada, il a des attaches ici et il est âgé de 73 ans. Un citoyen canadien qui est accusé dans un pays étranger d'un acte criminel qui le rend sujet à l'extradition ne doit pas être privé de son droit à un cautionnement s'il satisfait aux critères ordinairement applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder un cautionnement. Le juge d'extradition n'a pas commis d'erreur en statuant que, même si la preuve était importante, elle ne constituait pas une preuve convaincante avant d'avoir été appréciée à l'audience d'extradition. Le juge d'extradition a conclu que l'intimé se présenterait probablement à l'audience et qu'il ne constituait pas une menace pour le public, donc qu'il satisfaisait au critère applicable à l'octroi d'un cautionnement.

JURISPRUDENCE**DÉCISION SUIVIE:**

Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez, [1975] 1 R.C.S. 228.

DISTINGUISHED:

Re Barnes and State of Tennessee (1972), 34 C.C.C. (2d) 122 (Ont. H.C.).

CONSIDERED:

Herman, et al. v. Deputy Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 729; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495. ^a

REFERRED TO:

Re State of Arizona and Thompson and Schliwa (1976), 30 C.C.C. (2d) 148 (Ont. Cty. Ct.); *Re Armstrong and State of Wisconsin* (1977), 37 C.C.C. (2d) 397 (Ont. Cty. Ct.); *Re State of Ohio and Schneider* (1977), 34 C.C.C. (2d) 130 (Ont. Cty. Ct.); *Re Piperno and The Queen* (1981), 65 C.C.C. (2d) 178 (Que. S.C.); *Commonwealth of Virginia v. Cohen*, [1973] F.C. 622 (T.D.); *Re Gaynor and Green (No. 5)* (1905), 9 C.C.C. 255 (Que. K.B.); *Re Low* (1932), 41 O.W.N. 468 (Ont. C.A.). ^b ^c

COUNSEL:

W. I. C. Binnie, Q.C. for applicant.
W. J. Parker and W. B. Horkins for respondent. ^d
Bert Raphael, Q.C., David Matas and Irwin Cotler for Canadian Jewish Congress.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
William J. Parker, Toronto, for respondent.
Raphael, Wheatley & MacPherson, Toronto, ^f for Canadian Jewish Congress.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.: This application made pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, is to review and set aside the order made by the Honourable Mr. Justice Griffiths, a Judge of the High Court of Justice of the Supreme Court of Ontario, pursuant to the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, ("the Act") ordering the respondent to be released on bail upon the terms and conditions which I will hereinafter refer to. ⁱ

The facts, briefly stated, are these: On June 17, 1982, pursuant to an information and complaint issued in accordance with section 10 of the Act, Associate Chief Justice Parker of the High Court of Justice of the Supreme Court of Ontario issued ^j

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re Barnes and State of Tennessee (1972), 34 C.C.C. (2d) 122 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Herman, et autres c. Le sous-procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 729; *Le ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495.

DÉCISIONS CITÉES:

Re State of Arizona and Thompson and Schliwa (1976), 30 C.C.C. (2d) 148 (C. cté Ont.); *Re Armstrong and State of Wisconsin* (1977), 37 C.C.C. (2d) 397 (C. cté Ont.); *Re State of Ohio and Schneider* (1977), 34 C.C.C. (2d) 130 (C. cté Ont.); *Re Piperno and The Queen* (1981), 65 C.C.C. (2d) 178 (C.S. Qué.); *Le Commonwealth de Virginie c. Cohen*, [1973] C.F. 622 (1^{re} inst.); *Re Gaynor and Green (No. 5)* (1905), 9 C.C.C. 255 (B.R. Qué.); *Re Low* (1932), 41 O.W.N. 468 (C.A. Ont.).

AVOCATS:

W. I. C. Binnie, c.r., pour la requérante.
W. J. Parker et W. B. Horkins pour l'intimé.

Bert Raphael, c.r., David Matas et Irwin Cotler pour le Congrès juif canadien.

^e PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la requérante.
William J. Parker, Toronto, pour l'intimé.
Raphael, Wheatley & MacPherson, Toronto, pour le Congrès juif canadien.

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

LE JUGE URIE: Cette demande présentée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, vise l'examen et l'annulation de l'ordonnance rendue par le juge Griffiths, de la Haute Cour de Justice de la Cour suprême de l'Ontario, en application de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, («la Loi»), qui ordonne la remise en liberté de l'intimé sur cautionnement aux conditions que je mentionnerai plus loin. ^h

Le résumé des faits est le suivant: Le 17 juin 1982, à la suite d'une dénonciation et plainte portée conformément à l'article 10 de la Loi, le juge en chef adjoint Parker, de la Haute Cour de Justice de la Cour suprême de l'Ontario a lancé un

a warrant for the apprehension of the respondent. The information and complaint alleged that the respondent "... is currently accused of an extradition crime or crimes to wit: aiding and abetting the murder of 10,500 persons on or about the 28th day of October 1941 in Kaunas, Lithuania..." and that a warrant for his arrest had been issued in the Federal Republic of Germany on September 21, 1961. On June 21, 1982, in accordance with a warrant of remand issued by Associate Chief Justice Parker on the same day as the warrant of apprehension, the respondent was brought before Griffiths J. At that time a notice of motion was returned with three affidavits in support, to admit the respondent to bail. He, and three other witnesses, gave evidence on his behalf and one witness was heard on behalf of the applicant. At the conclusion of the hearing Griffiths J. issued the order here sought to be set aside, the relevant terms and conditions of which read as follows:

AND WHEREAS the said HELMUT RAUCA was brought before me today, the 21st day of June, 1982 and I ordered that he be released on bail on the following terms and conditions:

- 1) a recognizance in the amount of One Hundred and Fifty Thousand Dollars (\$150,000.00) without deposit, against adequate security or otherwise and with three sureties acceptable to the Crown, and
- 2) that his passport remain in the custody of the R.C.M.P. and that he not make application for another passport while this order is in force, and
- 3) that he remain in the City of Metropolitan Toronto, and
- 4) that he report daily to the R.C.M.P. Headquarters, 225 Jarvis Street, Toronto between the hours of 9:00 a.m. and 5:00 p.m., and
- 5) that he at all times communicate his current address to the said R.C.M.P., and
- 6) that he attend court on September 20, 1982 and thereafter as required.

At the opening of the argument on the application three counsel appeared on behalf of the Canadian Jewish Congress seeking leave to participate in the argument on the application. Leave to do so was granted and all counsel were heard in support of the application.

The Court then, *ex proprio motu*, raised the question of the jurisdiction of this Court to review the order in issue herein. It was pointed out that while the Supreme Court of Canada in *Common-*

mandat d'arrestation contre l'intimé. La dénonciation et plainte affirme que l'intimé [TRADUCTION] «... est accusé d'un ou plusieurs crimes entraînant l'extradition, savoir: participation et complicité au meurtre de 10,500 personnes commis le 28 octobre 1941, ou vers cette date, à Kaunas, en Lithuanie...» et qu'un mandat en vue de son arrestation a été lancé en République fédérale d'Allemagne le 21 septembre 1961. Le 21 juin 1982, conformément au mandat de renvoi lancé par le juge en chef adjoint Parker en même temps que le mandat d'arrestation, l'intimé a été amené devant le juge Griffiths. À ce moment-là, un avis de requête a été présenté, appuyé de trois déclarations sous serment, pour faire libérer l'intimé sous caution. L'intimé et trois autres témoins ont déposé en sa faveur et la requérante a fait entendre un témoin. À la fin de cette audience, le juge Griffiths a rendu l'ordonnance dont on demande l'annulation et dont les conditions sont les suivantes:

[TRADUCTION] ET ATTENDU que ledit HELMUT RAUCA, aujourd'hui le 21 juin 1982, été amené devant moi et que j'ai ordonné de le remettre en liberté sous caution aux conditions suivantes:

- 1) qu'il signe un engagement au montant de cent cinquante mille dollars (\$150,000.00) sans dépôt, garanti par des biens suffisants ou autrement et par trois cautions acceptables par Sa Majesté,
- 2) que son passeport reste en la garde de la G.R.C. et qu'il ne présente pas d'autre demande de passeport pendant la période d'application de la présente ordonnance,
- 3) qu'il demeure dans la municipalité du Toronto métropolitain,
- 4) qu'il se présente tous les jours, aux quartiers généraux de la G.R.C., 225, rue Jarvis, Toronto, entre 9 h et 17 h,
- 5) qu'il tienne constamment la G.R.C. au courant de l'endroit où il habite, et
- 6) qu'il soit présent au tribunal le 20 septembre 1982 et après cette date au besoin.

Au début de l'audition de la demande, trois avocats se sont présentés au nom du Congrès juif canadien et ont demandé à être entendus sur la demande. L'autorisation leur a été donnée de le faire et les trois avocats ont plaidé en faveur de l'octroi de la demande.

La Cour a ensuite, de son propre chef, soulevé la question de la compétence de cette Cour de réviser l'ordonnance en cause en l'espèce. On a signalé que même si la Cour suprême du Canada, à la

*wealth of Puerto Rico v. Hernandez*¹, by a majority, had held that an extradition commissioner or judge sitting under the *Extradition Act* acts *persona designata* and his decision is subject to review by this Court pursuant to section 28 of the Court's constituent Act, two later decisions of the Court in *Herman, et al. v. Deputy Attorney General of Canada*² and the *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*³ appear to have drastically curtailed the application of the notion of judges sitting *persona designata* and some of the language used in the reasons of several of the judges is such that it is difficult to see how a judge sitting under the *Extradition Act* could be doing so *persona designata* while judges sitting pursuant to other federal statutes are not. After hearing all counsel on the subject, judgment was reserved on the question of jurisdiction and the hearing proceeded on the merits.

After reflection and a careful reading and re-reading of the three judgments, I have concluded that this Court is bound by the *Hernandez* decision despite the difficulty in rationalizing it with the *Herman* and *Coopers and Lybrand* judgments. This application then, which is to review and set aside the bail order made by Griffiths J. in his capacity as a judge sitting *persona designata* under the *Extradition Act*, and not as a judge of the Supreme Court of Ontario, is within the jurisdiction of this Court in that Griffiths J., so acting, is a federal board, commission or tribunal within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act*.

While a number of arguments on the merits were advanced by counsel for the applicant as well as for the Canadian Jewish Congress, only one, in my view, had merit. Therefore, because of the obvious desirability of disposing of this application with all possible dispatch and in the interests of brevity, I will deal only with that argument. To appreciate the submission it would be useful to set out the relevant portions of Mr. Justice Griffiths' reasons, delivered orally at the conclusion of the hearing, in full.

This is an application to grant bail to Helmut Rauca, a Canadian citizen, who had been arrested pursuant to an Order

majorité, dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*¹, a jugé qu'un commissaire à l'extradition ou un juge siégeant en vertu de la *Loi sur l'extradition* agit comme *persona designata* et que sa décision est susceptible de révision par cette Cour, en application de l'article 28 de la Loi constitutive de la Cour, deux autres arrêts postérieurs de la Cour, *Herman, et autres c. Le sous-procureur général du Canada*² et *Le ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*³, paraissent avoir restreint de façon radicale l'application de la notion de juge agissant comme *persona designata*. Le texte des motifs de plusieurs des juges rend difficile de voir comment un juge agissant en vertu de la *Loi sur l'extradition* peut le faire à titre de *persona designata* tandis que les juges agissant en vertu d'autres lois fédérales ne le peuvent pas. Après avoir entendu tous les avocats sur ce sujet, la question de compétence a été prise en délibéré et l'audience s'est poursuivie sur le fond.

Après avoir réfléchi, lu et relu attentivement les trois arrêts, je suis arrivé à la conclusion que cette Cour est liée par l'arrêt *Hernandez* en dépit de la difficulté de le concilier logiquement avec les arrêts *Herman* et *Coopers and Lybrand*. La présente demande, qui vise l'examen et à l'annulation de l'ordonnance de cautionnement rendue par le juge Griffiths, agissant comme *persona designata* en vertu de la *Loi sur l'extradition*, et non à titre de juge de la Cour suprême de l'Ontario, relève de la compétence de cette Cour parce qu'en agissant ainsi, le juge Griffiths est un office, une commission ou un autre tribunal fédéral aux termes de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Même si l'avocat de la requérante et ceux du Congrès juif canadien ont fait valoir plusieurs moyens sur le fond, un seul, à mon avis est fondé. Donc, à cause de l'avantage évident qu'il y a de disposer de cette demande en toute diligence et pour être bref, je n'aborderai que ce seul moyen. Pour étudier ce moyen, il est utile de citer, dans leur totalité, les passages pertinents des motifs du juge Griffiths, rendus oralement à la fin de l'audience.

[TRADUCTION] Il s'agit d'une demande de cautionnement en faveur de Helmut Rauca, qui est citoyen canadien et qui a été

¹ [1975] 1 S.C.R. 228.

² [1979] 1 S.C.R. 729.

³ [1979] 1 S.C.R. 495.

¹ [1975] 1 R.C.S. 228.

² [1979] 1 R.C.S. 729.

³ [1979] 1 R.C.S. 495.

of Arrest issued by Associate Chief Justice Parker, under the provisions of the Extradition Act.

The Bail Reform Act provisions of the Criminal Code relating to bail, do not appear to apply to the circumstances of this case. There is however, ample authority for the proposition that a judge of the Supreme Court has jurisdiction to grant bail to a person held in custody pending extradition proceedings, in effect, such an application becomes a habeas corpus application.

Counsel for the Crown has referred me to a decision of Mr. Justice Wright in *re Barnes and The State of Tennessee*, 1972, 34 C.C.C. (2nd), 122, wherein Mr. Justice Wright held that although a Supreme Court judge has the inherent jurisdiction to grant bail, bail should be granted only in rare circumstances and then when there is no serious risk. In that case however, it is clear from the facts that Barnes, the fugitive in question, was in Canada illegally at the time and was not a Canadian citizen, there was some real doubt as to whether he would appear on the extradition hearing, if released.

As counsel for the applicant has pointed out, The Canadian Bill of Rights recognize [*sic*] specifically the right to reasonable bail and the right, normally prevailing in Canada, and provides that no one charged with a criminal offence should be deprived of the right to bail or interim release, without just cause. In my view, a Canadian citizen should not have his right to bail abrogated simply because he is facing a charge in a foreign jurisdiction for an offence alleged to have occurred there and for which he faces extradition proceedings.

Regardless of where the onus lies, and I do not have to decide that issue in this case, it seems to me that in a case of this nature the governing principle should be, first, is the accused person likely to appear for his extradition hearing, if released and secondly, if released, does the accused person present any threat to society so that it would be against the public interest to grant his release. I should add that there may be some cases in which the very nature of the crime, where there is a very strong and overwhelming case that that crime has been committed, might justify, in the public interest, that the accused be detained.

I have read the material on which Associate Chief Justice Parker issued the Order of Arrest in this case and I have heard the evidence presented today and one cannot help but be overwhelmed with revulsion at the nature and the enormity of the crime. It is alleged that Helmut Rauca selected over 10,000 Jewish men and women and children from a ghetto within Lithuania and ordered them to be shot in 1941. However, one's revulsion at the nature of the crime should not blind the court to a fundamental principle that in Canada, a person accused of a crime is presumed to be innocent until properly proven guilty. The evidence here is significant [*sic*] but, I would not be prepared to say that even there is a strong case against the accused, I would prefer, before making such a decision, to have the witnesses present their evidence under oath and face the accused and be subject to cross-examination and the other safeguards of a proper hearing.

arrêté en exécution d'un mandat d'arrêt lancé par le juge en chef adjoint Parker en application des dispositions de la Loi sur l'extradition.

Les dispositions de la Loi sur la réforme du cautionnement, qui modifient le Code criminel quant au cautionnement, ne s'appliquent pas aux circonstances de l'espèce. Il y a toutefois une jurisprudence abondante selon laquelle un juge de la Cour suprême a compétence pour accorder un cautionnement à une personne détenue en prévision de procédures d'extradition. En vérité, une telle demande équivaut à une demande d'habeas corpus.

Le substitut du procureur général m'a signalé la décision du juge Wright dans *re Barnes and The State of Tennessee*, 1972, 34 C.C.C. (2nd), 122, par laquelle le juge Wright a statué que même si un juge de la Cour suprême a une compétence d'office pour accorder un cautionnement, il ne faut l'accorder que dans des circonstances exceptionnelles et s'il n'y a pas de risque grave. Dans cette affaire-là, toutefois, il est manifeste, d'après les faits, que Barnes, le fugitif en cause, se trouvait au Canada illégalement à l'époque, qu'il n'était pas citoyen canadien et qu'il y avait de grandes chances qu'il ne se présente pas à l'audience d'extradition si on le libérait.

Ainsi que l'avocat du requérant l'a signalé, la Déclaration canadienne des droits reconnaît expressément le droit à un cautionnement raisonnable et le droit ordinairement applicable au Canada prévoit que nulle personne accusée d'une infraction criminelle ne doit être privée du droit à un cautionnement ou à une liberté provisoire sans cause raisonnable. À mon avis, un citoyen canadien ne peut se voir priver de son droit au cautionnement seulement parce qu'il doit répondre, dans un ressort étranger, à une accusation d'acte criminel, qu'il y aurait commis et pour lequel il subit des mesures d'extradition.

Peu importe sur qui repose le fardeau de la preuve, il ne m'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce. Il me semble que, dans un cas de cette nature, le principe applicable est celui qui consiste à se demander d'abord s'il est probable que l'accusé se présentera à l'audience d'extradition si on le libère et ensuite, de se demander, si l'accusé était libéré, présenterait-il un danger pour la société de sorte qu'il serait contraire à l'intérêt public de le relâcher. J'ajouterais qu'il peut se trouver des cas où la nature même du crime et la preuve convaincante, presque irréfutable, que le crime a été commis, pourraient justifier la détention de l'accusé dans l'intérêt public.

J'ai pris connaissance de la preuve en vertu de laquelle le juge en chef adjoint Parker a lancé le mandat d'arrestation en l'espèce et j'ai entendu les dépositions faites aujourd'hui. On ne peut s'empêcher d'avoir un mouvement de répugnance devant la nature et l'énormité du crime. On affirme que Helmut Rauca a, en 1941, désigné plus de 10,000 hommes, femmes et enfants juifs d'un ghetto de Lithuanie pour les faire fusiller. Cependant, notre répugnance à l'égard de la nature du crime ne doit pas faire oublier à la Cour le principe fondamental en vigueur au Canada selon lequel une personne accusée d'un crime est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit dûment établie. La preuve en l'espèce est importante, mais je ne suis pas prêt à dire qu'il y ait une preuve déterminante à l'encontre de l'accusé; j'aimerais mieux, avant de rendre une telle décision, entendre les dépositions des témoins sous serment en présence de l'accusé et les soumettre au contre-interroga-

In essence what I am saying is, despite the enormity of the crime, I do not believe that in this case that alone should force me to deprive this man, as a Canadian citizen, of his rights under Canadian law. The evidence indicates that this man has firmly established his roots in Canada, he has apparently, at least since 1950, been a good Canadian citizen and a hard working citizen, he has no criminal record and he is 73 years of age. The Crown submits that the real risk here is that he may flee and will not turn up for the extradition hearing. I am not persuaded of that. I am of the view that sufficient safeguards may be built to ensure his attendance. As far as the second ground, that is that he constitutes a menace to the public, there is no evidence to that effect.

I hope my decision will be understood in light of the fact that I am simply applying the fundamental principles of Canada [*sic*] law and administering justice as I see it. In the circumstances I am prepared to release this man but on fairly strict terms. I would like to hear from the Crown on that.

It was the contention of counsel for the applicant, supported by counsel for the Canadian Jewish Congress, that the Extradition Judge misdirected himself as to the test to be applied in a bail application in an extradition case and thereby committed a reviewable error within paragraph 28(1)(b)⁴ of the *Federal Court Act*. The learned Judge, it was said, did not appreciate the difference between the test to be applied in an ordinary bail hearing and that in extradition matters and thereby erred in law.

A number of cases were referred to by counsel in respect of the power to grant bail in extradition proceedings. From those decisions certain general propositions may be stated:

⁴ 28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; . . .

toire et appliquer toutes les autres garanties d'un procès en règle.

Ce que j'affirme essentiellement, c'est qu'en dépit de l'énormité du crime, je ne crois pas que je doive, seulement à cause de cela, priver cette personne, qui est citoyen canadien, des droits qu'il a en vertu du droit canadien. La preuve démontre que cet homme s'est établi de façon permanente au Canada, qu'il a été en apparence, depuis 1950 au moins, un bon citoyen et qu'il travaille de façon constante, qu'il n'a pas d'antécédents criminels au Canada et qu'il est âgé de 73 ans. La poursuite soutient qu'il y a un risque certain qu'il s'enfuit du pays et fasse défaut de se présenter à l'audition d'extradition. Je n'en suis pas persuadé. J'estime qu'on peut imposer des conditions qui garantissent sa présence. Quant à la seconde considération c'est-à-dire qu'il constitue une menace pour le public, il n'y a aucun élément de preuve en ce sens.

J'espère qu'on comprendra que par ma décision, je ne fais qu'appliquer les principes fondamentaux du droit canadien et administrer la justice de la façon dont je la comprends. Dans ces circonstances, je suis d'avis de remettre cet homme en liberté, mais à des conditions assez sévères. J'aimerais avoir l'avis de la poursuite sur celles-ci.

L'avocat de la requérante a prétendu, tout comme les avocats du Congrès juif canadien, que le juge d'extradition s'est trompé sur le critère à appliquer à une demande de cautionnement dans une affaire d'extradition et a, en conséquence, commis une erreur pouvant donner lieu à révision en application de l'alinéa 28(1)(b)⁴ de la *Loi sur la Cour fédérale*. On soutient que le savant juge n'a pas saisi la distinction à faire entre le critère à appliquer dans une affaire ordinaire de cautionnement et dans un cautionnement en matière d'extradition et qu'en conséquence, il a commis une erreur de droit.

Les avocats ont signalé un certain nombre de décisions relatives au pouvoir d'accorder un cautionnement dans des procédures d'extradition. On peut tirer les principes généraux suivants de ces décisions:

⁴ 28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; . . .

(1) while there appear to be some differences in opinion of judges in various jurisdictions, the current view of most is that there is a power, as a matter of discretion, to admit fugitives to bail in extradition cases;

(2) different principles may apply in bail applications made before committal than those which prevail after apprehension but before the extradition hearing;

(3) it appears that subject to those principles in either case a judge is empowered by section 9 of the Act in his discretion to admit an alleged fugitive to bail;

(4) that the power referred to in (3) is not derived from section 13 of the Act;

(5) the provisions of the *Bail Reform Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2; 1970-71-72, c. 37 do not apply to applications for bail of fugitives subject to extradition proceedings;

(6) the applicable law in respect of admitting a fugitive to bail is that which prevailed prior to the proclamation of the *Bail Reform Act* in 1972 and the onus thus rests on the fugitive to show why the extradition judge's discretion should be exercised in his favour.

In deriving these principles I have had regard, *inter alia*, to the following cases to which counsel referred us: *Re State of Arizona and Thompson and Schliwa*⁵; *Re Armstrong and State of Wisconsin*⁶; *Re State of Ohio and Schneider*⁷; *Re Piperno and The Queen*⁸; *Commonwealth of Virginia v. Cohen*⁹; *Re Gaynor and Green (No. 5)*¹⁰; *Re Low*¹¹; and *Re Barnes and State of Tennessee*¹².

It is upon the last case that counsel for the applicant and the Canadian Jewish Congress heavily relied as enunciating the proper test for

⁵ (1976), 30 C.C.C. (2d) 148 (Ont. Cty. Ct.).

⁶ (1977), 37 C.C.C. (2d) 397 (Ont. Cty. Ct.).

⁷ (1977), 34 C.C.C. (2d) 130 (Ont. Cty. Ct.).

⁸ (1981), 65 C.C.C. (2d) 178 (Que. S.C.).

⁹ [1973] F.C. 622 (T.D.).

¹⁰ (1905), 9 C.C.C. 255 (Que. K.B.).

¹¹ (1932), 41 O.W.N. 468 (Ont. C.A.).

¹² (1972), 34 C.C.C. (2d) 122 (Ont. H.C.).

(1) même si les juges des différents ressorts ne sont pas tous du même avis, la majorité estime qu'il existe un pouvoir discrétionnaire d'accorder un cautionnement à des fugitifs dans des affaires d'extradition;

(2) les principes à appliquer à l'occasion de demandes présentées avant l'incarcération, peuvent être différents de ceux qui s'appliquent après l'arrestation mais avant l'audition d'extradition;

(3) sous réserve de ces principes, dans l'un et l'autre cas, un juge paraît posséder le pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article 9 de la Loi, d'accorder un cautionnement à celui qu'on dit être un fugitif;

(4) que le pouvoir mentionné à l'alinéa (3) ne vient pas de l'article 13 de la Loi;

(5) les dispositions de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 2; 1970-71-72, chap. 37, ne s'appliquent pas aux demandes de cautionnement pour les fugitifs soumis à des procédures d'extradition;

(6) le droit applicable à l'égard de l'octroi d'un cautionnement à un fugitif est le droit en vigueur avant la mise en vigueur de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, en 1972, et il incombe au fugitif de démontrer pourquoi le juge d'extradition devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en sa faveur.

Dans l'énoncé de ces principes, j'ai tenu compte, entre autres, des décisions suivantes que les avocats ont signalées: *Re State of Arizona and Thompson and Schliwa*⁵; *Re Armstrong and State of Wisconsin*⁶; *Re State of Ohio and Schneider*⁷; *Re Piperno and The Queen*⁸; *Le Commonwealth de Virginie c. Cohen*⁹; *Re Gaynor and Green (No. 5)*¹⁰; *Re Low*¹¹; et *Re Barnes and State of Tennessee*¹².

L'avocat de la requérante et ceux du Congrès juif canadien ont invoqué avec insistance la dernière décision affirmant qu'elle énonce le critère

⁵ (1976), 30 C.C.C. (2d) 148 (C. cté Ont.).

⁶ (1977), 37 C.C.C. (2d) 397 (C. cté Ont.).

⁷ (1977), 34 C.C.C. (2d) 130 (C. cté Ont.).

⁸ (1981), 65 C.C.C. (2d) 178 (C.S. Qué.).

⁹ [1973] C.F. 622 (1^{re} inst.).

¹⁰ (1905), 9 C.C.C. 255 (B.R. Qué.).

¹¹ (1932), 41 O.W.N. 468 (C.A. Ont.).

¹² (1972), 34 C.C.C. (2d) 122 (H.C. Ont.).

granting bail to fugitives in extradition cases. In that case a warrant for committal had been issued by an Extradition Judge after a hearing following which the prisoner had applied to a Judge of the Supreme Court of Ontario, Wright J., for a writ of *habeas corpus* and to grant bail. The learned Judge reviewed the authorities (including those to which I have referred, *supra*) and at pages 129 and 130 of the report had this to say:

I conclude from these cases and generally, that there is jurisdiction in single Judges of this Court to grant bail to fugitives under the *Extradition Act* R.S.C. 1970, c. E-21, both before and after committal, that it should be sparingly and cautiously exercised, that great weight should be given to the mutual commitments of Canada and other states in extradition, that these should be respected and assured, and that, in fine, bail should not be granted except in rare circumstances, and then when there is no serious risk, on the evidence, of the prisoner not surrendering for extradition, and the Court proceedings in connection with it.

I should add that the provisions and point of view of the *Bail Reform Act* R.S.C. 1970, c. 2 (2nd Supp.); 1970-71-72 (Can.), c. 37, or Part XIV of the *Criminal Code*, R.S.C. 170 [sic], c. C-34 (as it is variously known), do not apply to applications for bail of fugitives subject to extradition proceedings. They do not apply in their terms. If they did, they would represent a unilateral amendment of Canada's obligations under its extradition treaties and might, in large measure, defeat the paramount purpose of those treaties. But they do lead to the release, in proper cases, of persons accused of murder under the *Criminal Code*, above, as the applicant has observed.

Finally, although the prisoner has been heard in this case, I hope that no one will consider that applications for bail in like cases will be entertained favourably unless the facts are of a strong and extremely unusual character, nor will hearings be held until the material is properly prepared for the Court's consideration in the light of the authorities.

Counsel focused in particular on the words "bail should not be granted except in rare circumstances, and then when there is no serious risk, on the evidence, of the prisoner not surrendering for extradition, and the Court proceedings in connection with it". Counsel said, that in this case because of the enormity of the crimes with which the respondent is charged, and the strength of the evidence against him and the consequent motive for him to flee from this jurisdiction before the extradition hearing, there is a real risk that he will not appear for that hearing. In granting bail,

véritable de l'octroi d'un cautionnement à des fugitifs dans des affaires d'extradition. Dans cette affaire-là, un juge d'extradition avait accordé un mandat d'incarcération après audition à la suite de laquelle la personne incarcérée a demandé, au juge Wright de la Cour suprême de l'Ontario, un bref d'*habeas corpus* et un cautionnement. Le savant juge a étudié la jurisprudence (notamment les décisions que je viens de citer) et a dit ceci, aux pages 129 et 130 du recueil:

[TRADUCTION] De ces décisions, et de façon générale, je conclus que les juges de cette Cour, siégeant seuls, ont compétence pour accorder un cautionnement à un fugitif, en application de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, aussi bien avant qu'après incarcération; qu'il faut exercer ce pouvoir avec prudence et parcimonie; qu'il faut accorder un grand poids aux obligations réciproques du Canada et des autres États en matière d'extradition; qu'il faut respecter et remplir ces obligations et qu'en définitive, il n'y a lieu d'accorder le cautionnement que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'y a pas de risque sérieux, d'après la preuve, que la personne incarcérée ne se présente pas pour l'extradition et les procédures judiciaires qui l'accompagnent.

Je dois ajouter que les dispositions et l'aspect de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.R.C. 1970, chap. 2 (2^e Supp.); 1970-71-72 (Can.), chap. 37, ou la Partie XIV du *Code criminel*, S.R.C. 170 [sic], chap. C-34 (selon le titre qu'on lui donne) ne s'appliquent pas aux demandes de cautionnement de fugitifs assujettis à des procédures d'extradition. Elles ne s'appliquent pas selon leur teneur. Si elles s'appliquaient, elles constitueraient une modification unilatérale des obligations du Canada en vertu des traités d'extradition et pourraient, pour une bonne part, aller à l'encontre du but premier de ces traités. Mais elles peuvent amener la remise en liberté, s'il y a lieu, de personnes accusées de meurtre en application du *Code criminel* précité, comme le requérant l'a fait remarquer.

Enfin, même si la personne incarcérée a déposé en l'instance, j'espère que personne ne va conclure qu'il sera fait droit à des demandes de cautionnement dans des affaires semblables à moins que les faits ne soient absolument inhabituels et convainquants et qu'il n'y aura pas d'audition avant que les pièces n'aient dûment été soumises à la Cour, en fonction de la jurisprudence.

Les avocats ont particulièrement insisté sur les mots «il n'y a lieu d'accorder le cautionnement que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'y a pas de risque sérieux, d'après la preuve, que la personne incarcérée ne se présente pas pour l'extradition et les procédures judiciaires qui l'accompagnent». Les avocats ont affirmé qu'en l'espèce, à cause de l'énormité des crimes reprochés à l'intimé et du poids des preuves présentées contre lui qui le pousseraient à fuir le ressort du tribunal avant l'audition d'extradition, il y a un danger réel qu'il ne se présente pas à l'audition. On prétend

Griffiths J., it was said, failed to have regard to Wright J.'s admonition and, in light of the facts in this case, he thereby erred in law.

It will first be noted from Mr. Justice Griffiths' reasons for judgment, *supra*, that not only was he cognizant of the test propounded by Wright J. but distinguished the case on the threefold basis that the fugitive in that case was in Canada illegally, was not a Canadian citizen, and there was real doubt as to whether he would appear on the extradition hearing if released. In the case at bar, on the other hand, the prisoner is a Canadian citizen (although counsel for the Congress argued that he ought not to be for alleged misrepresentations at the time of his admission to Canada), had no criminal record here, has roots here and is 73 years of age. Moreover, it is clear that the learned Judge accepted the proposition enunciated in other cases, *supra*, that because a Canadian citizen is charged with an offence in a foreign country for which he may be extradited, he ought not to have his right to bail abrogated if he satisfies the usual tests applicable in the exercise of the judicial discretion to admit an accused to bail or not. It is a proposition with which I agree. I can find little in the cases, and nothing in the Act, which supports the purported principle that because Canada has obligations to a demanding state arising from a treaty between the two countries that the safeguards and remedies otherwise available to citizens of Canada ought not to be available to a fugitive qualifying for bail (see: *Re Piperno and The Queen*, *supra*, at page 184). The treaty obligation is a factor to be taken into account but, in my view, it is not necessarily the dominant factor in the decision whether or not to admit a fugitive to bail prior to committal although obviously it may be of great importance if a bail application is made thereafter.

It is common ground, as I understand it, that the governing principles cited by Griffiths J. for admission to bail are those which applied in crimi-

qu'en octroyant un cautionnement, le juge Griffiths n'aurait pas tenu compte de la recommandation du juge Wright et, vu les faits de la présente affaire, il a, en conséquence, commis une erreur de droit.

Il faut d'abord souligner, d'après les motifs de jugement du juge Griffiths précités, que non seulement il était au courant du critère proposé par le juge Wright, mais qu'il a établi une triple distinction: dans cette affaire-là, le fugitif se trouvait au Canada illégalement, il n'était pas citoyen canadien et il n'était pas sûr qu'il se présenterait à l'audition d'extradition si on le remettait en liberté. Dans l'affaire qui nous occupe d'autre part, la personne incarcérée est un citoyen canadien (bien que les avocats du Congrès aient soutenu qu'il ne devrait pas l'être à cause des fausses déclarations qu'il aurait faites au moment de son entrée au Canada), qu'il n'a pas d'antécédents criminels ici, qu'il a des attaches ici et qu'il est âgé de 73 ans. De plus, il est manifeste que le juge a appliqué le principe énoncé dans la jurisprudence précitée selon lequel même si un citoyen canadien est accusé dans un pays étranger d'un acte criminel qui le rend sujet à l'extradition, il ne doit pas être privé de son droit à un cautionnement s'il satisfait aux conditions applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder ou de refuser un cautionnement à un accusé. Je suis d'accord avec ce principe. Je ne vois pas beaucoup de justification dans la jurisprudence, et je n'en vois aucune dans la Loi, à la prétention selon laquelle parce que le Canada a des obligations envers un État requérant en vertu d'un traité entre les deux pays qu'il faille refuser à un fugitif admissible à cautionnement les garanties et recours autrement accordés aux citoyens du Canada (voir *Re Piperno and The Queen*, précité, à la page 184). Les obligations découlant d'un traité sont un facteur dont il faut tenir compte, mais, à mon avis, ce n'est pas nécessairement un facteur prépondérant dans la décision d'accorder ou de refuser un cautionnement à un fugitif avant son incarcération bien que, de toute évidence, ce peut être un facteur très important dans une demande de cautionnement après incarcération.

Toutes les parties reconnaissent, si je comprends bien, que les principes directeurs cités par le juge Griffiths applicables à l'octroi d'un cautionnement

nal matters before the enactment of the *Bail Reform Act*. The applicant, however, takes the position that superimposed on these principles is the fact, in this case, that the crimes of which the respondent stands accused are of such a revolting nature and of such a magnitude that the principles applicable in ordinary domestic cases, prior to the *Bail Reform Act*, founded on the presumption of innocence of an accused, must be overruled and bail refused. Griffiths J., who had before him not only the material which led Parker A.C.J. to issue the warrant of apprehension, but also the three affidavits in support of the motion and, as well, had the advantage of hearing the evidence of the respondent and the four other witnesses, and of observing them, found the evidence against the respondent to be "significant" but it would not constitute a strong case against him so far as he, (Griffiths J.), was concerned. The strength of the case could not be assessed until the hearing, with its built-in protections and safeguards, is the essence of what he said. Making such a finding did not, as alleged by counsel, constitute an error in my opinion. It was a conclusion to which he was entitled to come on the evidence and it was relevant in the determination of whether or not to make the bail order. It cannot, therefore, provide a basis for setting aside the order.

The learned Judge then had to determine whether or not the respondent was likely to appear for his extradition hearing. Having assessed the evidence he concluded that "sufficient safeguards may be built in to ensure his attendance". I find it quite impossible to say that he wrongly exercised his discretion in so concluding being aware, as he was, of the enormity of the crimes with which the respondent is charged.

On the second principle of bail release, I agree with the learned Judge that there is no evidence that the respondent poses a menace to the public.

Since it is clear that a grant of bail is the exercise of a discretion, that discretion ought not to be interfered with by a supervising court unless

sont ceux qui s'appliquaient en matière criminelle avant l'adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement*. Toutefois, la requérante soutient qu'en plus de ces principes, on doit tenir compte du fait qu'en l'espèce les crimes dont l'intimé est accusé sont si énormes et si révoltants qu'il faut écarter les principes ordinairement applicables devant les tribunaux canadiens, avant l'adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, fondés sur la présomption d'innocence de l'accusé, et qu'il faut refuser le cautionnement. Le juge Griffiths qui a pris connaissance non seulement des pièces qui ont amené le juge en chef adjoint Parker à lancer le mandat d'arrestation, mais aussi les trois déclarations sous serment à l'appui de la requête et qui a eu, en plus, l'avantage d'entendre la déposition de l'intimé et des quatre autres témoins, et d'observer ces témoins, a conclu que la preuve soumise contre l'intimé était «importante» mais que, quant à lui (le juge Griffiths), elle ne constituait pas une preuve déterminante à l'encontre de l'intimé. Ce que le juge Griffiths a dit en substance, c'est qu'on ne peut apprécier la valeur de la preuve avant une audience, assortie de toutes les mesures protectrices et garanties inhérentes qu'elle comporte. À mon avis, contrairement à ce que soutiennent les avocats, ce n'est pas une erreur d'être arrivé à cette conclusion. C'était une conclusion qu'il pouvait tirer vu la preuve et c'était une conclusion pertinente dans la décision de rendre ou de ne pas rendre l'ordonnance de cautionnement. Elle ne constitue donc pas un motif d'annulation de l'ordonnance.

Le juge devait alors décider s'il était probable que l'intimé se présente à l'audition d'extradition. Après avoir évalué la preuve, il a conclu qu'il était possible d'imposer des conditions qui garantissent sa présence en cour. Je ne puis absolument pas affirmer qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire à tort en arrivant à cette conclusion puisqu'il était conscient de l'énormité des crimes qu'on reproche à l'intimé.

Quant au second principe relatif à la remise en liberté sur cautionnement, je suis d'accord avec le juge que rien dans la preuve n'indique que l'intimé constitue une menace pour le public.

Puisqu'il est manifeste que l'octroi d'un cautionnement ressortit à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, une cour de révision ne doit pas modifier

it is satisfied that the judge proceeded on a wrong principle or unless there was no evidence upon which he could have reached the conclusions which he did. For the reasons which I have heretofore given, I am not satisfied that either prerequisite appears on the record. Accordingly, I would dismiss the section 28 application.

HEALD J.: I concur.

COWAN D.J.: I concur.

cet exercice du pouvoir discrétionnaire à moins qu'elle ne soit convaincue que le juge a appliqué un principe erroné ou qu'aucune preuve n'appuie sa conclusion. Pour les motifs qui précèdent, je ne suis pas convaincu que l'une ou l'autre de ces conditions soient remplies en l'espèce. En conséquence, je suis d'avis de rejeter la demande présentée en vertu de l'article 28.

a LE JUGE HEALD: Je souscris.

b LE JUGE SUPPLÉANT COWAN: Je souscris.