

Karleton Lewis Armstrong (Applicant)

v.

State of Wisconsin and United States of America (Respondents)

Court of Appeal, Thurlow J., Cameron and Sweet D.JJ.—Toronto, September 5 and 6, 1972.

Judicial review—Extradition—Committal for extradition—Whether decision of extradition judge subject to judicial review under Federal Court Act, section 28.

Per Thurlow J. and Cameron D.J. (Sweet D.J. dissenting): The decision of an extradition judge to commit a person for extradition, and a warrant of committal for extradition, are respectively a "decision" and "order" within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act*, and hence reviewable thereunder.

U.S.A. v. Link and Green [1955] S.C.R. 183; *Puerto Rico v. Hernandez* [1972] F.C. 1076, distinguished; *Re Milbury* (1972) 25 D.L.R. (3d) 499; *Lavell v. Att'y Gen. of Can.* [1971] F.C. 348, referred to.

Per curiam: A judge is a *persona designata* when acting under the *Extradition Act* even though he also holds an appointment as a judge under section 96 of the *B.N.A. Act*. His decision as an extradition judge is accordingly reviewable under section 28 of the *Federal Court Act* as that of a federal board, commission or other tribunal within the meaning of section 2 of the *Federal Court Act*.

MOTION for judicial review.

Edward L. Greenspan for applicant.

Austin M. Cooper, Q.C. for respondents.

THURLOW J.—The applicant, Karleton Lewis Armstrong was committed to gaol on June 30, 1972 under the provisions of the *Extradition Act* to await extradition to the United States for trial on a charge of murder and on four charges of arson. On July 6, 1972 he applied to this Court under section 28 of the *Federal Court Act* to review the decision of the extradition judge to commit him. Subsequently by an order of the Court the applicant was required to show cause why the application should not be quashed under Rule 1100 on the ground that the Court has no jurisdiction in the matter. On the date fixed by the order for showing cause counsel for the applicant and counsel for the State of Wisconsin appeared and made submissions the former taking the position that this Court has

Karleton Lewis Armstrong (Requérant)

c.

L'État du Wisconsin et les États-Unis d'Amérique (Intimés)

Cour d'appel, le juge Thurlow, les juges suppléants Cameron et Sweet—Toronto, les 5 et 6 septembre 1972.

Examen judiciaire—Extradition—Mandat d'incarcération en vue d'une extradition—La décision d'un juge d'extradition peut-elle être examinée en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale?

Le juge Thurlow et le juge suppléant Cameron (le juge suppléant Sweet étant dissident): La décision d'un juge d'extradition d'incarcérer une personne en vue de son extradition et un mandat d'incarcération en vue d'une extradition constituent respectivement une «décision» et une «ordonnance» au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et peuvent donc être examinés en vertu de celui-ci.

Arrêts non applicables: *É.-U.A. c. Link et Green* [1955] R.C.S. 183; *État portoricain c. Hernandez* [1972] C.F. 1076; arrêts cités: *Re Milbury* (1972) 25 D.L.R. (3e) 499; *Lavell c. Proc. gén. du Can.* [1971] C.F. 348.

Per curiam: Un juge exerçant un pouvoir conféré par la *Loi sur l'extradition* agit comme *persona designata* même s'il exerce une fonction judiciaire en vertu de l'article 96 de l'*A.A.N.B.* La décision qu'il rend à titre de juge d'extradition peut dès lors être examinée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme toute décision d'un office, d'une commission ou d'un autre tribunal fédéral au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

REQUÊTE en examen judiciaire.

Edward L. Greenspan pour le requérant.

Austin M. Cooper, c.r., pour les intimés.

LE JUGE THURLOW—Le requérant, Karleton Lewis Armstrong, a été incarcéré le 30 juin 1972 conformément à la *Loi sur l'extradition* jusqu'à son extradition aux États-Unis pour qu'il y réponde d'une accusation de meurtre et de quatre accusations d'incendie volontaire. Le 6 juillet 1972, il a demandé à cette Cour, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'examiner la décision du juge d'extradition de l'incarcérer. Par la suite, le requérant fut requis par une ordonnance de cette Cour d'exposer les motifs pour lesquels sa requête ne pouvait être déclarée irrecevable, en vertu de la Règle 1100, à raison de l'incompétence de la Cour en la matière. A la date fixée par l'ordonnance, l'avocat du requérant et l'avocat de l'État du Wisconsin ont comparu et plaidé, le

jurisdiction the latter that it has not. Two points that were discussed in the course of the argument call for consideration.

The first of these was whether the decision of the extradition judge to issue a committal warrant or the warrant which he issued was a "decision or order" within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act*. That section confers on this Court jurisdiction "Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act", 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 a federal board, commission or other tribunal", upon the grounds set out in the section.

I turn now to the *Extradition Act*, section 18 of which provides:

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

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

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

The effect of this is that when a fugitive is before an extradition judge the judge, if satisfied that the evidence produced would justify committal for trial according to the law of Canada etc., issues his warrant to commit the fugitive to gaol to await extradition, but if he is not so satisfied he does not do so, in which event the fugitive is released. In *U.S.A. v. Link and Green* [1955] S.C.R. 183, the Supreme Court of Canada held that the refusal of an extradition judge to commit a fugitive was not a "judgment" as defined by section 2(d) within the meaning of section 41 of the *Supreme Court Act*. "Judgment" was defined in section 2(d) of that Act as including *inter alia* "decision" and "order". Several weeks ago in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez* [1972] F.C. 1076 this Court followed the judgment in the *Link*

premier soutenant que la Cour avait compétence et le second la position contraire. Deux questions qui furent discutées au cours des débats doivent être examinées ici.

Il s'agissait d'abord de savoir si la décision du juge d'extradition d'émettre un mandat ou le mandat qu'il a émis constituait «une décision ou une ordonnance» au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cet article attribue à cette Cour compétence «nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi,» 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», pour les motifs énumérés dans ce texte.

Je rappellerai ensuite le texte de la *Loi sur l'extradition*, dont l'article 18 stipule:

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

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

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

Cet article dispose donc que lorsqu'un fugitif comparaît devant un juge d'extradition, ce dernier, s'il est convaincu que les preuves qu'on lui fournit justifieraient l'incarcération préventive en vertu du droit canadien, etc., lance un mandat ordonnant l'incarcération de ce fugitif jusqu'à son extradition, mais s'il n'en est pas convaincu, il ne lance pas le mandat et le fugitif est alors élargi. Dans l'arrêt *É.-U.A. c. Link et Green* [1955] R.C.S. 183, la Cour suprême du Canada a décidé que le refus d'un juge d'extradition d'incarcérer un fugitif ne constituait pas un «jugement» au sens des articles 2d) et 41 de la *Loi sur la Cour suprême*. La définition du mot «jugement» à l'article 2d) de cette loi comprenait notamment une «décision» et une «ordonnance». Il y a quelques semaines, dans l'arrêt *État portoricain c. Hernandez* [1972]

and *Green* case in determining that such a refusal to issue a warrant of committal was not a "decision or order" within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act* and accordingly declined to review the refusal of the extradition judge to commit the fugitive. Such a refusal is not a decision or order, as I understand it, because nothing is decided by it. The fugitive is simply released and his rights are not interfered with or adversely affected. On the other hand neither is anything determined against the prosecution, in the sense that nothing is thereby rendered *res adjudicata* and the proceeding can be recommenced without the rights of the prosecution to secure the extradition of the fugitive being affected in point of law by the judge's refusal.

Thus in *Regina v. Morton* (1868) 19 U.C.C.P. 9, Hagarty C.J. said at page 14:

The first objection raised before us was, that the prisoners had been already arrested by warrant of the Police Magistrate of Toronto, who had heard the charge and discharged the prisoners from custody, and that they were not liable to a second arrest for the same cause.

I hardly see how the record of these former proceedings is formally before us on the return to the *habeas corpus* and *certiorari*; but, assuming we are to take cognizance of them, I am of opinion that they cannot influence in any way our decision. The failure of any one Magistrate, from mistake or otherwise, to commit persons charged for extradition, cannot, in my opinion, prevent the action of another duly qualified officer from entertaining the charge on the same or on fresh materials: it is either a complete bar to any further proceeding or it is nothing.

In the same case Wilson J. said at page 23:

On this hearing, adjourned from time to time, the defendants were committed for extradition. They are here now on a writ of *habeas corpus*, and the proceedings are before us on a writ of *certiorari*.

The defendants ask to be discharged: 1st, because they had before been discharged by Alexander McNabb, Esquire, before whom they had been brought some time ago, charged with the same offence; 2nd, because they suggest that Gilbert McMicken had no authority to act in Toronto and in Sandwich; and 3rd, because the proceedings in the State of New York, before Mr. Ferris, were commenced after the arrest of the parties here, for the purpose of making copies of them evidence of their criminality, with a view to their committal for extradition. They say they ought not to be twice vexed with the same proceeding.

C.F. 1076, la Cour fédérale s'est conformée à l'arrêt *Link et Green* et a jugé que le refus d'émettre un mandat d'incarcération ne constituait pas «une décision ou une ordonnance» au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*; elle a par conséquent refusé d'examiner le refus du juge d'extradition d'incarcérer le fugitif. Un tel refus ne constitue pas d'après moi une décision ou une ordonnance car il ne décide rien. Le fugitif est tout simplement relâché et ses droits ne sont ni modifiés ni lésés. D'autre part, rien n'est non plus décidé contre la poursuite, en ce sens que rien ne prend de ce fait valeur de chose jugée: dans l'éventualité où la requête serait renouvelée, on ne pourrait invoquer le refus du juge pour empêcher la poursuite de faire valoir son droit d'obtenir l'extradition du fugitif.

Ainsi, dans l'arrêt *Regina c. Morton* (1868) 19 U.C.C.P. 9, le juge en chef Hagarty observait à la page 14:

[TRADUCTION] On a d'abord objecté devant nous que, les prisonniers ayant déjà été arrêtés en vertu d'un mandat du magistrat de police de Toronto, qui a entendu l'accusation et élargi les prisonniers, on ne pouvait les arrêter à nouveau pour le même motif.

Je m'explique mal que le dossier de cette procédure nous ait été formellement soumis à l'appui de ces requêtes en *habeas corpus* et en *certiorari*; même en supposant que nous devions en prendre connaissance, j'estime qu'il ne peut en aucune manière influencer sur notre décision. Le refus, erroné ou non, d'un magistrat d'incarcérer une personne dont on demande l'extradition ne saurait, selon moi, interdire à un autre magistrat compétent d'instruire l'affaire à partir des mêmes éléments ou d'éléments nouveaux: ou bien il constitue un empêchement radical à toute nouvelle action ou bien il n'a aucun effet.

Dans le même arrêt, le juge Wilson disait à la page 23:

[TRADUCTION] A la suite de cette audience plusieurs fois remise, les défendeurs furent incarcérés en vue de leur extradition. Ils comparaissent aujourd'hui devant nous en vertu d'un bref d'*habeas corpus*, tandis que cette procédure est attaquée par voie de *certiorari*.

Les défendeurs demandent à être élargis: (1) parce qu'ils avaient déjà été élargis par Alexander McNabb, devant qui ils avaient comparu il y a quelque temps, accusés de la même infraction; (2) parce qu'ils prétendent que les actes de Gilbert McMicken, aussi bien à Toronto qu'à Sandwich, constituaient un excès de pouvoir; et (3) parce que les procédures engagées dans l'État de New York devant le magistrat Ferris l'ont été après l'arrestation des prévenus ici, dans le but d'utiliser le procès-verbal de ces procédures pour établir un délit et obtenir l'incarcération et l'extradition

They were not tried and acquitted in the sense in which the maxim "*nemo bis vexari debet*" applies. They were discharged in the discretion of Mr. McNabb, a police magistrate, I assume, on grounds satisfactory to himself. We have his proceedings before us in an irregular manner, but, giving them their full weight, they are no bar or answer to the case before us any more than the dismissal of a charge by one magistrate would preclude another from investigating the same charge.

And Gwynne J. at page 26 stated the first ground of the *habeas corpus* proceedings thus:

1st, Because, as is alleged, the prisoners had been already brought up on the same charge before the Police Magistrate of the City of Toronto and discharged; and in support of this objection it is contended that the Statute of this Dominion, passed to give effect to the Extradition Treaty, authorizes but one arrest upon the same charge.

and then proceeded:

No authority was cited in support of the first objection, and I can see no foundation in reason or principle for the contention that the Statute, passed to give effect to the statutory provisions of this Treaty, should be so construed as to circumscribe the jurisdiction of the officers appointed to carry it into effect within narrower limits than the jurisdiction which every ordinary Justice of the Peace has over offences charged to have been committed within the County of which he is a Justice.

It never has been contended that the discharge of a person accused of a felony committed within this Province, when brought up before a Justice of the Peace for examination, whether such discharge should be attributable to the infirmity of the judgment of the Justice, or the insufficiency of the evidence adduced before him, operates as a bar to the same person being again brought up before another Justice and committed upon the same charge, upon the same or different evidence.

That a different rule in this respect should prevail in cases arising under the Extradition Treaty from that which prevails in our own proceedings, in relation to criminal offences committed within the limits of the Province, is irreconcilable with the plainest principles of reason and justice, and for such a contention nothing which is expressed, or contained by implication in the Statute, affords, in my judgment, any warrant or foundation.

See also *U.S.A. v. Ford and Frary* (1916) 29 D.L.R. 80, *Ex parte Seitz* (No. 2) (1899) 3 C.C.C. 127 and *Re Harsha* (1906) 11 O.L.R. 457. In the latter two cases proceedings were recommenced after discharge of the fugitive on *habeas corpus* following committal by the extradition judge. A refusal by an extradition judge to commit is accordingly in my view simply the non-exercise of the power to commit

des défendeurs. Ils affirment que la reprise des mêmes poursuites contre eux aurait un caractère vexatoire.

Ils n'ont pas été jugés et acquittés au sens de la maxime «*nemo bis vexari debet*». Ils ont été élargis à la discrétion du magistrat de police McNabb, pour des motifs qui, je le présume, lui ont paru suffisants. La présence devant nous du dossier de ces procédures est irrégulière, mais même si on lui accorde sa pleine signification, il ne nous contraint à décider la présente affaire ni dans un sens ni dans l'autre, de même que le rejet d'une accusation par un magistrat n'empêche pas un autre magistrat d'instruire la même accusation.

Et le juge Gwynne, à la page 26, exposait en ces termes le premier motif invoqué à l'appui de la requête en *habeas corpus*:

[TRADUCTION] (1) parce que, soutient-on, les prisonniers ont déjà été accusés du même chef devant le magistrat de police de la cité de Toronto et élargis; à l'appui de cette objection, on prétend que la loi fédérale mettant en vigueur le traité d'extradition n'autorise qu'une seule arrestation pour la même accusation.

Il poursuivait ensuite:

[TRADUCTION] On n'a cité aucun arrêt à l'appui de la première objection, et je ne vois aucune justification de principe ni aucun motif raisonnable permettant d'affirmer que la loi mettant en vigueur les dispositions du traité doit comporter une interprétation restrictive de la compétence des magistrats chargés de l'appliquer, compétence qui serait alors moins étendue que celle des juges de paix à l'égard des infractions commises dans les limites du comté sur lequel s'exerce leur autorité.

Qu'une personne accusée d'une infraction criminelle commise sur le territoire de la province soit remise en liberté à l'issue de sa comparution devant le juge de paix, soit par suite d'une erreur dans la décision de ce juge, soit en raison de l'insuffisance des preuves qu'on lui avait apportées: nul n'a jamais prétendu voir là un empêchement à ce que cette personne soit de nouveau traduite devant un autre juge et incarcérée à raison de la même accusation, que les preuves apportées soient les mêmes ou soient différentes.

Appliquer sur ce point lorsque la Cour est saisie en vertu du traité d'extradition une règle différente de celle qui régit notre procédure à l'égard d'une infraction criminelle commise sur le territoire de la province serait incompatible avec les principes fondamentaux de la raison et de la justice; à mon avis, cette loi ne fournit, ni en termes exprès, ni de manière implicite, la moindre justification ou le moindre fondement à une telle prétention.

Voir aussi les arrêts *É.-U.A. c. Ford et Frary* (1916) 29 D.L.R. 80, *Ex parte Seitz* (N° 2) (1899) 3 C.C.C. 127 et *Re Harsha* (1906) 11 O.L.R. 457. Dans ces deux derniers arrêts, on a rouvert l'instance après que le fugitif eut été élargi à la suite d'une requête en *habeas corpus* dirigée contre une ordonnance d'incarcération rendue par le juge d'extradition. Le refus d'un juge d'extradition d'incarcérer un fugitif ne

and neither interferes with nor adversely affects the rights of either party to the proceeding.

To my mind, however, different considerations come into play when the extradition judge is satisfied that the evidence justifies a committal and thereupon issues his warrant. When this happens the rights of the fugitive are interfered with in that he is deprived of his liberty and is put a stage closer to extradition.

He has always had and still has the right to test the validity of his committal by *habeas corpus* proceedings in the provincial courts which, where the English practice applies, may include a review of the sufficiency in point of law of the evidence on which the committal is based. *Vide Schtraks v. Government of Israel* [1964] A.C. 556. The case of *Regina v. Morton*, to which I have already referred, indicates that a fugitive may also have had prior to June 1, 1971 a right to proceed in the provincial courts by *certiorari* directed to the extradition judge to have the committal reviewed¹ but from that date exclusive jurisdiction to entertain *certiorari* proceedings against a federal board, commission or other tribunal was vested by section 18 of the *Federal Court Act* in the trial division of the Federal Court. *Vide Re Milbury and The Queen* [1972] 25 D.L.R. (3d) 455. However, with respect to decisions or orders made after June 1, 1971 this *certiorari* jurisdiction of the trial division has been withdrawn by section 28(3) of the *Federal Court Act* in favour of the new and even broader jurisdiction conferred by section 28(1) on the Court of Appeal to hear and determine an application to review any decision or order of a federal board, commission or other tribunal, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. *Vide Creative Shoes Ltd. v. D.M.N.R.* [1972] F.C. 993 and *Blais v. Basford* [1972] F.C. 151.

On its face the committal warrant is no mere authorization to detain the fugitive but is a command in Her Majesty's name, to a peace officer to convey the applicant into the custody

constitue selon moi qu'un refus d'exercer son pouvoir et ne modifie ni ne lèse les droits des parties à cette instance.

Selon moi, cependant, il en va différemment lorsque le juge d'extradition est convaincu que les preuves justifient l'incarcération et émet un mandat. Dans ce cas les droits du fugitif sont modifiés dans la mesure où il est privé de sa liberté et court un plus grand risque d'être extradé.

Il a toujours eu et conserve encore le droit d'attaquer la validité de son incarcération au moyen d'une requête en *habeas corpus* devant les tribunaux de la province; là où prévaut l'usage anglais, cette procédure permet éventuellement d'examiner la valeur, sur le plan du droit, des preuves sur lesquelles l'incarcération a été ordonnée. Voir *Schtraks c. Gouvernement d'Israël* [1964] A.C. 556. L'arrêt *Regina c. Morton*, que j'ai déjà cité, permet de penser que jusqu'au 1^{er} juin 1971, un fugitif pouvait introduire une requête en *certiorari* devant les tribunaux de la province pour obtenir l'examen de l'ordonnance d'incarcération rendue par le juge d'extradition¹; mais depuis cette date, la compétence exclusive à l'égard des requêtes en *certiorari* contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral a été dévolue par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* à la Division de première instance de la Cour fédérale. Voir *Re Milbury et la Reine* [1972] 25 D.L.R. (3^e) 455. Toutefois, en ce qui concerne les décisions ou ordonnances rendues après le 1^{er} juin 1971, la compétence en matière de *certiorari* est retirée à la Division de première instance par l'article 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* et accordée par l'article 28(1) à la Cour d'appel, chargée d'entendre et de juger toute demande d'examen d'une décision ou ordonnance rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, à l'exception des décisions ou ordonnances de nature administrative qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire. Voir *Creative Shoes Ltd. c. S.-M.R.N.* [1972] C.F. 993 et *Blais c. Basford* [1972] C.F. 151.

Le texte du mandat d'incarcération montre bien qu'il ne s'agit pas d'une simple autorisation de détenir le fugitif mais d'un ordre donné au nom de Sa Majesté à un gardien de la paix de

of the keeper of the gaol and a further command, in Her Majesty's name, to the keeper of the gaol to receive the fugitive into custody and keep him in custody until he is thence delivered under the Act. In my opinion such a warrant is an "order" and the action of the extradition judge in issuing it is a "decision" within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act* and is reviewable on the grounds for review permitted by that section subject only to the question whether the extradition judge is a federal board, commission or other tribunal as defined in section 2, which is the second and remaining point requiring consideration.

On that point I agree, with respect, with the opinion expressed by the Court of Appeal of New Brunswick in *Re Milbury and The Queen* (*supra*) that a County Court Judge when acting as a judge under the *Extradition Act* does so as a *persona designata* and I think as well that there is no basis for distinguishing for this purpose the case of an extradition judge who holds an appointment made under section 96 of the *British North America Act* from the case considered by this Court in *Lavell v. Attorney General of Canada* [1971] F.C. 347 where a County Court Judge exercising powers conferred on him as a person designated by the *Indian Act* was held to be a federal board, commission or tribunal within the meaning of the definition in section 2 of the *Federal Court Act*.

I would affirm the jurisdiction of the Court to hear and determine the application.

* * *

CAMERON D.J. concurred.

* * *

SWEET D.J. (dissenting in part)—This matter arises out of an application, heard by His Honour Judge H. Waisberg, to extradite the appellant pursuant to the provisions of the *Extradition Act*.

In his reasons for judgment, dated the 30th day of June, 1972, His Honour said:

remettre le requérant à la garde du gardien de la prison et également d'un ordre donné au nom de Sa Majesté au gardien de la prison de recevoir le fugitif sous sa garde et de le détenir en sûreté jusqu'à ce qu'il en soit élargi conformément à la loi. Selon moi, ce mandat constitue bien une «ordonnance» et l'acte du juge d'extradition lorsqu'il l'émet est bien une «décision» au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et peut être contrôlé pour les motifs prévus par cet article, sous la seule réserve de la question de savoir si le juge d'extradition est un office, une commission ou un autre tribunal fédéral tel que défini à l'article 2, ce qui nous amène à la deuxième et dernière question qu'il nous faut examiner.

Sur cette question, je souscris respectueusement à l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Re Milbury et la Reine* (précité): un juge d'une Cour de comté exerçant un pouvoir judiciaire conféré par la *Loi sur l'extradition* agit alors en tant que *persona designata*. Je pense d'ailleurs qu'il n'y a pas lieu de distinguer sous ce rapport entre le cas d'un juge d'extradition nommé conformément à l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et le cas considéré par la Cour fédérale dans l'arrêt *Lavell c. Procureur général du Canada* [1971] C.F. 347: l'on avait alors estimé qu'un juge d'une Cour de comté exerçant les pouvoirs que lui conférait nommément la *Loi sur les Indiens* constituait un office, une commission ou un tribunal fédéral au sens de la définition contenue à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je conclus à la compétence de la Cour pour entendre et trancher cette demande.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT CAMERON a souscrit à l'avis.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT SWEET (dissident en partie)—Cette affaire se rapporte à une demande d'extradition de l'appelant présentée en vertu de la *Loi sur l'extradition* et entendue par M. le juge H. Waisberg.

Dans les motifs de son jugement, datés du 30 juin 1972, le juge a déclaré:

I find that the offences in respect of which these proceedings are taken are not of a political character and that these proceedings are not being taken with a view to prosecute or punish the respondent for an offence of a political character. The respondent shall be committed to the Don Jail in Toronto, there to remain, until surrendered to the State of Wisconsin or discharged according to law.

Bearing the same date is Judge Waisberg's warrant of committal.

The formal "application to review and set aside" contains:

TAKE NOTICE that an application is made on behalf of Karleton Lewis Armstrong to this Honourable Court pursuant to Section 28 of The Federal Court Act to review and set aside the decision of His Honour Judge H. Waisberg pursuant to The Extradition Act, Revised Statutes of Canada, 1970, Chapter E-21, rendered on the 30th day of June, 1972.

On August 14, 1972 The Honourable, the Chief Justice of this Court ordered:

The applicant is hereby required to show cause, before this Court in Toronto, on Tuesday September 5, 1972 commencing at 10:30 a.m., why his application to review and set aside herein should not be quashed under Rule 1100 on the ground that the Court has no jurisdiction in the matter.

Relevant legislation includes:

(a) Section 18(1) and (2) of the *Extradition Act*; viz.:

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

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

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

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

(b) Section 28(1) of the *Federal Court Act*, a portion of which is:

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

[TRADUCTION] Je conclus que les infractions à propos desquelles on a intenté cette procédure ne sont pas de nature politique et que l'on n'a pas intenté cette procédure dans le but de poursuivre ou de punir l'opposant pour une infraction de nature politique. L'opposant sera incarcéré à la prison de la Don à Toronto, et y restera jusqu'à ce qu'il soit livré à l'État du Wisconsin ou élargi conformément à la loi.

Le mandat d'incarcération lancé par le juge Waisberg porte la même date.

La demande officielle «d'examen et d'annulation» énonce:

[TRADUCTION] AVIS EST DONNÉ qu'une demande est faite à la Cour au nom de Karleton Lewis Armstrong en vertu de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale pour faire examiner et annuler la décision rendue le 30 juin 1972 par M. le juge H. Waisberg en vertu de la Loi sur l'extradition, chapitre E-21 des Statuts révisés du Canada de 1970.

Le 14 août 1972, le juge en chef de la Cour a rendu l'ordonnance suivante:

[TRADUCTION] Le requérant est par la présente requis d'exposer à la Cour, à Toronto, le mardi 5 septembre 1972 à compter de 10h30, les motifs pour lesquels sa demande d'examen et d'annulation ne peut être déclarée irrecevable en vertu de la Règle 1100, à raison de l'incompétence de la Cour en la matière.

Les textes législatifs qui nous intéressent comprennent:

a) L'article 18(1) et (2) de la *Loi sur l'extradition*, à savoir:

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

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

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

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

b) L'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont voici un extrait:

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

of proceedings before a federal board, commission or other tribunal

That is followed by the grounds on which the Court of Appeal may act.

(c) The definition of "judgment" in section 2 of the *Supreme Court Act* which is:

"judgment" when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof; and when used with reference to the Supreme Court, includes any judgment or order of that Court;

The question of jurisdiction of this Court to deal with an application to set aside the refusal of an Extradition Judge to issue a committal warrant under section 18(1) came before this Court in the matter of the request for extradition of Humberto Pagan Hernandez by the Commonwealth of Puerto Rico on August 2, 1972. My Lord, the Chief Justice delivering the judgment of the Court said, *inter alia*:

The question is, therefore, whether such a refusal is a "decision or order" within section 28(1) of the *Federal Court Act*.

In our view the matter is determined by *U.S.A. v. Link* [1955] S.C.R. 183. In that case there was an application for leave to appeal from a similar refusal of an Extradition Judge; and the question was whether the refusal was a "judgment" as defined by section 2(d) of the *Supreme Court of Canada Act*, R.S.C. 1952, c. 259, which defined "judgment" to include *inter alia* "decision" and "order".

The decision in that case was the unanimous decision of all nine judges of the Court, and was contained in an announcement of the Chief Justice, which is reported in part as follows:

Without calling on Counsel for the respondents the Chief Justice announced that the Members of the Court were unanimously of the opinion that there was no jurisdiction, as the refusal of Chief Justice Scott was not a judgment, as defined by s. 2(d), within the meaning of s. 41 of the *Supreme Court Act*.

We can find no basis for adopting a meaning of either decision or order in section 28 of the *Federal Court Act* that is different from, or broader than, the meaning as found in section 2(d) of the then *Supreme Court of Canada Act*. We are, therefore, of the view that we are bound by the 1955 decision of the Supreme Court of Canada to hold that this Court has no jurisdiction in this case.

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. . . .

Ce passage est suivi d'une liste de motifs pouvant justifier l'intervention de la Cour d'appel.

c) La définition du mot «jugement» dans l'article 2 de la *Loi sur la Cour suprême* qui se lit:

«jugement», relativement à la cour dont l'appel est interjeté, comprend tout jugement, règle, ordre, ordonnance, décision, décret, arrêt ou sentence de cette cour, et, relativement à la Cour suprême, comprend tout jugement ou ordre de cette dernière Cour;

La question de la compétence de la Cour, à la lumière de l'article 18(1), à l'égard d'une demande d'examen et d'annulation du refus d'un juge d'extradition d'émettre un mandat d'incarcération s'est posée à la Cour dans l'affaire concernant la demande d'extradition d'Humberto Pagan Hernandez par l'État portoricain, le 2 août 1972. Le juge en chef a prononcé le jugement de la Cour et a notamment déclaré:

La question qui se pose est donc de savoir si un tel refus est «une décision ou une ordonnance» au sens de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

À notre avis, la question est réglée par l'arrêt *É.-U.A. c. Link* [1955] R.C.S. 183. Dans cette affaire, il s'agissait d'une demande de permission d'appeler d'un refus semblable d'un juge d'extradition; la question se posait de savoir si le refus était un «jugement» tel que défini à l'article 2(d) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, S.R.C. 1952, c. 259, qui définit «jugement» comme comprenant, notamment, une «décision» et une «ordonnance».

On trouve le jugement de la Cour (les neuf juges étant du même avis) dans le prononcé du juge en chef. Voici un extrait de ce prononcé:

Sans avoir appelé l'avocat des intimés, le juge en chef a annoncé que les membres de la Cour avaient décidé à l'unanimité que la Cour n'était pas compétente, le refus du juge en chef Scott n'étant pas un jugement tel que défini à l'article 2(d), au sens de l'article 41 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Nous ne trouvons aucune justification pour adopter un sens du mot décision ou du mot ordonnance, contenus à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui serait différent ou plus large que celui que l'on trouvait à l'article 2(d) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* en 1955. Nous sommes donc d'avis que la Cour est tenue de suivre la décision rendue en 1955 par la Cour suprême du Canada et de décider en conséquence qu'elle n'est pas compétente en l'espèce.

Although the appellant's memorandum of points of argument is silent on it, counsel for the appellant, in his oral submission attempted to distinguish the *Hernandez* case on the ground that there was a refusal to issue a warrant of committal and here a warrant of committal was issued.

It is my understanding that one of the positions taken on behalf of the appellant is to the effect that when there is a refusal of the Extradition Judge to issue a committal warrant there is actually nothing done,—that no decision is made and no order is made within the meaning of section 28(1) of the *Federal Court Act*, and that, accordingly, there is no decision and no order from which to appeal with the result that in those circumstances this Court could have no jurisdiction.

However, to me it seems quite clear that if the usual, common and ordinary usage of the words, "decision" and "order" were applicable to them, as they appear in section 28(1), a refusal would necessarily involve both decision and order. For example, by virtue of section 18 of the *Extradition Act*, before the Judge can refuse, in the case of a fugitive alleged to have been convicted of an extradition crime, he may be obliged to decide that the evidence produced would not, according to the law of Canada, prove that he was so convicted or, in the case of a fugitive accused of an extradition crime, would not, according to the law of Canada, justify his committal for trial if the crime alleged had been committed in Canada. If he so decides he is required by section 18(2) to order him to be discharged. The action the Judge takes must be the result of the process of "decision" when "decision" is used in the ordinary, colloquial manner. That decision, if it be a decision, which requires refusal must be followed by what is commonly referred to, and indeed is actually referred to in section 18(2), as an order.

Even if the decision must be something more than mental activity, and is to be taken as meaning some resulting pronouncement or some expressed determination of a relevant issue or a formal finding, then in that sense, too, it would be expected that normally the judge

Bien que l'appelant n'en ait pas fait mention dans son exposé, son avocat, au cours de sa plaidoirie de vive voix, a voulu distinguer l'arrêt *Hernandez* de la présente espèce au motif que l'on avait alors refusé d'émettre un mandat d'incarcération et que dans le cas présent, on a lancé un mandat d'incarcération.

L'une des thèses soutenues par l'appelant consiste à dire, si j'ai bien compris, que le refus de la part du juge d'extradition de lancer un mandat d'incarcération n'opère rien—aucune décision n'est rendue et aucune ordonnance n'est émise au sens de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et par conséquent, en l'absence de décision ou d'ordonnance dont on pourrait appeler, la Cour n'est pas compétente.

Toutefois, il me semble tout à fait clair que si l'on donne aux mots «décision» et «ordonnance» figurant à l'article 28(1) leur sens usuel, ordinaire et normal, un refus implique nécessairement une décision et une ordonnance. Ainsi, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur l'extradition*, il se peut qu'un juge, avant de refuser l'incarcération, soit amené, dans le cas d'un fugitif que l'on prétend avoir été convaincu d'un crime entraînant l'extradition, à décider que les preuves qu'on lui présente ne permettent pas de conclure qu'il a été trouvé coupable d'un tel crime, ou, dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, que les preuves ne justifieraient pas, en droit canadien, son incarcération préventive si le crime avait été commis au Canada. S'il décide en ce sens, il est obligé par l'article 18(2) de l'élargir. La mesure prise par le juge doit être le résultat d'une «décision», si l'on prend le mot «décision» dans son sens ordinaire et familier. Cette décision, en supposant que c'en soit une, qui entraîne automatiquement le refus est nécessairement suivie de ce qu'on appelle couramment une ordonnance, terme qu'emploie d'ailleurs l'article 18(2).

En admettant qu'une décision ne saurait consister en un simple processus intellectuel, et qu'elle doit plutôt s'entendre de la manifestation de ce processus ou du fait qu'en termes exprès l'on tranche une question de droit ou conclut à l'existence de certains faits, il reste qu'on peut

would make such a decision and make it available to the interested parties.

Notwithstanding all this, in *U.S.A. v. Link* (*supra*), the Supreme Court of Canada held that the refusal "was not a judgment as defined by s. 2(d), within the meaning of s. 41 of the *Supreme Court Act*", as then enacted, and this, even though as so defined, "judgment" included "order" and "decision".

In the *Hernandez* case (*supra*), this Court followed the *Link and Green* case as, in my respectful opinion, it was bound to do.

Thus, and on the authority of the *Link* case followed in the *Hernandez* case, I am impelled to the conclusion that the meanings of the words "decision" and "order" as ordinarily used and in common parlance are not applicable when dealing with section 28(1) of the *Federal Court Act* in combination with section 18(1) and (2) of the *Extradition Act*.

Obviously for a warrant of committal there must be both a decision and an order as those words are commonly used, just as there must, in that sense, be a decision and an order in the event of refusal. Of course the decisions and orders necessarily differ but in both cases a decision must be made which would normally be expected to be pronounced, and in both cases an order must be made.

If what is done in the event of refusal is neither a decision nor an order within the meaning of section 28(1) (and as I see it that in effect results from the *Link* case) then it would seem to me that what is done in the event of the issuing of a warrant of committal is not a decision nor an order within the meaning of section 28(1). If it is not such a decision or order, and respectfully I do not think it can be held here that it is, then this Court has no jurisdiction in this matter.

Respectfully, too, I do not think that the fact that in the event of a refusal there would be the right, at least under some circumstances, to

alors normalement s'attendre à ce que le juge rende ainsi sa décision et la fasse connaître aux parties en cause.

En dépit de tout cela, dans l'arrêt *É.-U.A. c. Link* (précité), la Cour suprême du Canada a décidé que le refus «n'était pas un jugement tel que défini à l'article 2d), au sens de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*», telle qu'elle se lisait à l'époque, et ceci, bien que selon cette définition, le mot «jugement» comprenait une «ordonnance» et une «décision».

Dans l'arrêt *Hernandez* (précité), la présente Cour a suivi l'arrêt *Link et Green* ce qui, à mon humble avis, était inévitable.

C'est pourquoi, m'appuyant sur l'arrêt *Link*, appliqué dans l'arrêt *Hernandez*, je ne peux que conclure que le sens des mots «décision» et «ordonnance», selon leur emploi habituel et courant, ne s'applique pas dans le contexte de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et de l'article 18(1) et (2) de la *Loi sur l'extradition*.

Il est évident que pour émettre un mandat d'incarcération, il doit y avoir à la fois une décision et une ordonnance, au sens courant de ces termes, de même qu'il doit y avoir, dans le même sens, une décision et une ordonnance dans le cas d'un refus. Bien sûr les décisions et ordonnances diffèrent nécessairement mais, dans les deux cas, une décision doit être prise, décision que l'on s'attend normalement à voir prononcer et dans les deux cas, une ordonnance doit être rendue.

Si l'acte d'un juge refusant le mandat n'est ni une décision ni une ordonnance au sens de l'article 28(1) (et selon moi c'est ce qui résulte directement de l'arrêt *Link et Green*), il s'ensuit à mon avis que l'acte du juge émettant le mandat d'incarcération n'est pas davantage une décision ou une ordonnance au sens de l'article 28(1). Si donc il ne s'agit pas d'une telle décision ou ordonnance, et en toute déférence je ne pense pas que l'on puisse soutenir le contraire en l'espèce, il s'ensuit que la Cour n'a pas compétence dans cette instance.

Avec la même déférence, je ne crois pas devoir tenir compte ici du fait qu'en cas de refus, on conserve, au moins dans certaines

make one or more further applications for extradition affects the situation. What the Extradition Judge does when he refuses is either a decision or an order within the meaning of section 28(1) of the *Federal Court Act* or it is not.

With respect, also, I venture to indicate that in my opinion it cannot be said that the position of an applicant would not be affected in the event of refusal. If extradition is not granted in any extradition proceeding, the applicant cannot, by virtue of the proceeding in which the refusal occurs, implement its right to punish the fugitive if he is already convicted or to try him on the charge against him, which rights the applicant would have if the fugitive were within its jurisdiction.

I would hold that this Court is without jurisdiction in this matter.

I take the liberty of adding that I am in agreement with their Lordships that His Honour Judge Waisberg did not sit as a judge appointed under section 96 of the *British North America Act*. When section 9(1) of the *Extradition Act* includes judges of the County Courts of a province (and Judge Waisberg is such a judge) in my view it merely designates and describes certain persons who may act judicially in extradition matters. It does not confer jurisdiction on the County Court *per se*.

THURLOW J.:

¹ See also *Regina v. Lewes Justices* [1971] 2 All E.R. 1126 where *certiorari* was successfully invoked to attack a summons to a witness.

circonstances, le droit de faire une ou plusieurs nouvelles demandes d'extradition. Ou bien l'acte du juge d'extradition qui refuse le mandat constitue une décision ou une ordonnance au sens de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou bien il n'en est pas une.

Toujours avec déférence, j'irais jusqu'à constater qu'on puisse dire que la situation du requérant n'est pas modifiée par un refus. Si aucune des procédures engagées n'aboutit à l'extradition, le requérant ne peut, étant donné la procédure au terme de laquelle le juge a refusé le mandat, exercer son droit de punir le fugitif s'il a déjà été convaincu ou de lui faire subir son procès pour les accusations qui pèsent contre lui, droit qu'il pourrait exercer si le fugitif se trouvait sur son territoire.

Je conclus que la Cour n'a aucune compétence pour instruire cette affaire.

Je me permets d'ajouter que je souscris à l'opinion de mes collègues suivant laquelle M. le juge Waisberg n'agissait pas en tant que juge nommé en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La mention à l'article 9(1) de la *Loi sur l'extradition* des juges des cours de comté d'une province (et le juge Waisberg possède cette qualité) ne fait qu'indiquer et désigner certaines personnes qui sont autorisées à exercer le pouvoir judiciaire en matière d'extradition. Cet article n'attribue aucune compétence à la Cour de comté en tant que telle.

LE JUGE THURLOW:

¹ Voir aussi l'affaire *Regina c. Lewes Justices* [1971] 2 All E.R. 1126, où l'on a utilisé avec succès le bref de *certiorari* pour attaquer la sommation à comparaître d'un témoin.