

A-329-95

A-329-95

Ronald Fook Shiu Li and Lo Hiu Weh Iren Li
(Appellants)

Ronald Fook Shiu Li et Lo Hiu Weh Iren Li
(appellants)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(intimé)

INDEXED AS: LI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: LI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer and Robertson J.J.A. and Chevalier D.J.—Toronto, June 4; Ottawa, August 7, 1996.

Cour d'appel, juges Strayer et Robertson, J.C.A., juge suppléant Chevalier—Toronto, 4 juin; Ottawa, 7 août 1996.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Mr. Li convicted in Hong Kong under Prevention of Bribery Ordinance — Adjudicator concluding Hong Kong offence, Criminal Code, s. 426 equivalent, appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i) — Motions Judge upholding Adjudicator, holding not necessary to compare defences, burdens of proof — Appeal allowed — Comparison of “essential elements” requiring comparison of definitions of offences, including defences — Dissection of offences into “elements”, “defences” not serving purpose of provision (exclusion of persons guilty of serious misconduct) — Definition of offences similar if involving similar criteria for establishing offence occurred, whether manifested in “elements”, “defences” — Examining comparability of offences, not of possible convictions — As Canadian offence narrower, could be convicted of Hong Kong offence but not of Canadian offence — No evidence what Li did also constituting offence in Canada — Not necessary to compare adjectival law by which conviction might be entered — Act not contemplating retrial applying Canadian rules of justice.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — M. Li reconnu coupable sous le régime de la Prevention of Bribery Ordinance à Hong Kong — L'arbitre concluant que l'infraction punissable à Hong Kong et celle prévue à l'art. 426 du Code criminel étaient équivalentes, a déclaré l'appelant non admissible par application de l'art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l'immigration — Le juge des requêtes a confirmé la décision de l'arbitre, concluant qu'il n'est nécessaire de comparer ni les moyens de défense ni la charge de la preuve dans les deux infractions — Appel accueilli — La comparaison des «éléments essentiels» requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense — La dissection de ces infractions en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense» ferait échec au but de cette disposition (exclusion des personnes coupables de transgressions graves) — Les deux infractions ont la même définition si celle-ci prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l'infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» ou par des «moyens de défense» — Il faut examiner la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation — L'infraction punissable au Canada étant entendue dans un sens plus restrictif, une personne pourrait être reconnue coupable à Hong Kong, mais non au Canada, de la même infraction — On n'a pas prouvé que ce qu'a fait M. Li constitue aussi une infraction au Canada — Il n'est pas nécessaire de comparer la procédure pénale des deux ressorts — La Loi ne prévoit pas une nouvelle audition de la cause avec application des règles de justice canadiennes.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Appeal from refusal to quash Immigration and Refugee Board decision appellants inadmissible to Canada pursuant to Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i) — Mr. Li convicted in Hong Kong under Prevention of Bribery Ordinance — Adjudicator, Motions Judge con-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelle et pénales — Appel contre le refus d'annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, portant que les appelants ne sont pas admissibles au Canada par application de l'art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l'immigration — M. Li reconnu coupable sous le

cluding offences equivalent to Criminal Code, s. 426 — Holding not necessary to compare defences, burdens of proof — Not necessary to categorize requirements for offences into “elements”, “defences” — Characterization of factor as element or defence not affecting presumption of innocence guaranteed in Charter, s. 11(d) — Absent s. 1 justification, accused may not be required to prove some fact on balance of probabilities to avoid conviction.

This was an appeal from a refusal to quash an Immigration and Refugee Board decision that the appellants were inadmissible to Canada pursuant to *Immigration Act*, subparagraph 19(2)(a.1)(i), which prohibits admission to Canada of anyone who there are reasonable grounds to believe has been convicted of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable by way of indictment by a maximum term of less than ten years. Mr. Li had been convicted of offences under the Hong Kong *Prevention of Bribery Ordinance* and sentenced to four years' imprisonment. Subsection 9(1) thereof makes it an offence for “any agent, who without lawful authority . . . accepts any advantage as an inducement to . . . doing any act in relation to his principal's affairs or business”. Section 24 imposes the burden of proving a defence of lawful authority on the accused. The appellants sought entry to Canada in 1994. The Adjudicator concluded that Mr. Li's conviction was for an offence that if committed in Canada would constitute an offence under *Criminal Code*, subsection 426(1), which makes it an offence for an agent to corruptly accept any advantage for doing any act relating to the affairs of the principal. The Adjudicator compared the essential elements of the offences and found that “corruptly” was akin to “without lawful authority or reasonable excuse”. He rejected the argument that the offences were dissimilar because in Canada the burden of establishing absence of lawful authority or reasonable excuse would be on the Crown. He also rejected the argument that the reversal of burden of proof in Hong Kong would not be acceptable in Canada because it would be contrary to the Charter since the Charter cannot be imposed upon a foreign jurisdiction. The Motions Judge held that it was not necessary to compare defences. He rejected the argument that the Canadian requirements imposing the burden of proof on the Crown, particularly those mandated by Charter, paragraph 11(d), which guarantees the presumption of innocence, would constitute elements of the offence dissimilar to “elements” of the Hong Kong offence. He held that the Charter could not apply to the procedure employed in Hong Kong. The issues were: (1) whether the test of equivalence of an offence under foreign and Canadian law

régime de la Prevention of Bribery Ordinance à Hong Kong — L'arbitre et le juge des requêtes ont conclu que ces infractions étaient équivalentes à l'infraction prévue à l'art. 426 du Code criminel — Ils ont jugé qu'il n'est pas nécessaire de comparer ni les moyens de défense ni la charge de la preuve — Il n'est pas nécessaire de décomposer les infractions en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense» — La qualification d'un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense n'a pas d'effet sur la présomption d'innocence que garantit l'art. 11d) de la Charte — Faute de justification au regard de l'article premier de la Charte, l'accusé ne serait pas obligé de démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable.

Appel contre le refus d'annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que les appelants n'étaient pas admissibles au Canada par application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission au Canada de quiconque dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'il a été déclaré coupable d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans. M. Li avait été reconnu coupable d'infractions par application de la *Prevention of Bribery Ordinance* de Hong Kong et condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans. Le paragraphe 9(1) de cette ordonnance prévoit que commet une infraction [TRADUCTION] «l'agent qui, sans y être légalement autorisé . . . accepte un avantage quelconque . . . à titre d'encouragement pour faire quelque chose . . . ayant un lien avec les affaires ou l'entreprise de son commettant». L'article 24 impose à l'accusé la charge de la preuve de l'autorisation légale. Les appelants ont voulu entrer au Canada en 1994. L'arbitre a conclu que l'infraction pour laquelle M. Li avait été condamné est équivalente, eût-elle été commise au Canada, à l'infraction visée par le paragraphe 426(1) du *Code criminel*, aux termes duquel commet une infraction quiconque, par corruption, accepte un avantage quel qu'il soit pour faire un acte relatif aux affaires de son commettant. Ayant comparé les éléments essentiels des infractions respectives, il conclut que l'élément constitutif exprimé par les mots «par corruption» est équivalent à la qualification de l'acte accompli «sans autorisation légale ni excuse raisonnable». Il rejette l'argument que les deux infractions ne seraient pas équivalentes puisque, au Canada, la charge de la preuve du défaut d'autorisation légale ou d'excuse raisonnable incombe au ministère public. Il rejette aussi l'argument que la charge inversée de la preuve appliquée à Hong Kong ne serait pas acceptable au Canada puisqu'elle irait à l'encontre de la Charte, car à son avis, celle-ci ne saurait être imposée à un pays étranger. Le juge des requêtes a conclu qu'il n'est pas nécessaire de comparer les moyens de défense. Il rejette aussi l'argument selon lequel les règles de droit canadiennes qui imposent au ministère public la charge de

requires a comparison of both the elements of, and defences to, each offence, under the respective laws of each country; and (2) whether there must be an equivalence of burdens of proof, in respect of the trial of the offences being compared, in order for those offences to be equivalent.

Held, the appeal should be allowed.

(1) A comparison of the “essential elements” of the respective offences requires a comparison of the definitions of those offences, including defences particular to those offences. Characterization of a factor as an element or defence cannot affect the presumption of innocence: absent a justification within section 1 of the Charter, an accused may not be “required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction”. Nor does a proper interpretation of subparagraph 19(2)(a.1)(i) require such a technical dissection of foreign and Canadian offences into “elements” and “defences”. Furthermore, determinations of equivalency are being made in a quasi-judicial proceeding by an adjudicator, who cannot be expected to make such fine distinctions in Canadian or foreign criminal law. The purpose of the provision is to exclude from Canada persons who have been convicted abroad for activities which Canada regards by its laws as constituting serious misconduct. This purpose would not be served by a rule that two offences are not equivalent because the requirement of a particular intent in the foreign law is treated as an element of the offence, whereas in Canadian law its lack is treated as a defence. Equivalency of offences requires essentially the similarity of definitions of offences. A definition is similar if it involves similar criteria for establishing that an offence has occurred, whether manifested in “elements” (in the narrow sense) or “defences” in the two sets of laws. It is not necessary to compare all the general principles of criminal responsibility in the two systems: what is being examined is the comparability of offences, not the comparability of possible convictions in the two countries.

The Canadian offence is narrower than the Hong Kong offence because “corruptly” has been held to mean “without disclosure”. Once disclosure is made, the taking of a

la preuve, particulièrement l’impératif de l’alinéa 11*d*) de la Charte, qui porte présomption d’innocence, font que l’infraction punissable au Canada comporte des «éléments constitutifs» différents de ceux de l’infraction punissable à Hong Kong. Il conclut que la Charte ne saurait s’appliquer à la procédure observée à Hong Kong. Il échet d’examiner: (1) si le critère de l’équivalence entre une infraction punissable par la loi étrangère et une infraction punissable par la loi canadienne prescrit la comparaison à la fois de leurs éléments constitutifs et des moyens de défense respectivement prévus par la loi de chaque pays; et (2) si l’équivalence entre ces infractions est assujettie à l’équivalence de la charge de la preuve imposée dans leur jugement respectif.

Arrêt: l’appel doit être accueilli.

(1) La comparaison des «éléments essentiels» des infractions respectives requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense propres à ces infractions. La qualification d’un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense ne devrait pas avoir d’effet sur la présomption d’innocence: faute de justification au regard de l’article premier de la Charte, l’accusé n’est pas obligé de «démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d’être déclaré coupable». Une interprétation correcte du sous-alinéa 19(2)*a.1*(i) ne nécessite pas non plus une dissection aussi méticuleuse de l’infraction punissable au Canada et de celle punissable dans le pays étranger en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense». D’ailleurs, la décision sur l’équivalence est le fait d’un arbitre dans une procédure quasi judiciaire, dont on ne peut guère s’attendre qu’il fasse des distinctions aussi subtiles dans le droit pénal canadien ou étranger. Cette disposition a pour objet d’exclure du Canada des personnes reconnues coupables à l’étranger d’infractions que la loi canadienne considère comme des transgressions graves. Ce serait faire échec à ce but que de poser pour règle que deux infractions ne sont pas équivalentes parce que l’existence d’une certaine intention est considérée comme un élément constitutif dans la loi étrangère, et son absence, comme un moyen de défense dans la loi canadienne. L’équivalence tient essentiellement à la similitude de définition des deux infractions. Une définition est similaire si elle prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l’infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» (au sens restrictif) ou par des «moyens de défense» dans l’une ou l’autre loi. Il n’est pas nécessaire de comparer tous les principes généraux de responsabilité pénale dans les deux systèmes: ce qu’il faut examiner, c’est la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation dans les deux pays.

L’infraction punissable au Canada a un sens plus restrictif que ce n’est le cas pour l’infraction punissable à Hong Kong, puisqu’il a été jugé que «par corruption» signifie

reward by an agent cannot be found to have been done "corruptly". Under the Hong Kong Ordinance, mere disclosure would not render innocent the taking of a bribe or advantage. Thus persons could be convicted of the Hong Kong offence where they would not be guilty of the Canadian offence. There was no evidence from the trials in Hong Kong which demonstrated that what Mr. Li did would also have constituted an offence within the narrower Canadian offence. Although this raised the question of who has the burden of proof in the application of subparagraph 19(2)(a.1)(i), as the issue was not argued, the Court did not address it.

(2) In determining the equivalence of offences for the purposes of subparagraph 19(2)(a.1)(i) an adjudicator should not compare the procedural or evidentiary rules of the two jurisdictions, even if the Canadian rules are mandated by the Charter. Neither the literal meaning of subparagraph 19(2)(a.1)(i) nor the scheme of the Act require such comparisons. The Act does not contemplate a retrial of the case applying Canadian rules of evidence. Nor does it contemplate an examination of the validity of the conviction abroad. It is appropriate for Canadian tribunals to recognize and accept the validity of foreign legal systems without measuring them against the Charter.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 10(b), 11(d), (h), 32.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 386(2), 389.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 426(1), 429(2).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 19(2)(a.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (3), 20 (as am. *idem*, s. 12), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).
Prevention of Bribery Ordinance, Laws of Hong Kong, Revised edition 1987, c. 201, ss. 9(1), (4), (5), 24.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Brannson v. Minister of Employment and Immigration, [1981] 2 F.C. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.);

«faute de divulgation». Dès qu'il y a divulgation en temps utile, l'acceptation de la récompense par l'agent ne peut plus être considérée comme l'ayant été «par corruption». Sous le régime de l'ordonnance de Hong Kong, la simple divulgation ne déculpabilise pas l'acceptation du pot-de-*vin* ou de l'avantage. Des personnes pourraient donc être reconnues coupables à Hong Kong dans des circonstances telles qu'elles ne seraient pas déclarées coupables de la même infraction au Canada. Il n'y a eu lors des procès de Hong Kong aucune preuve permettant de conclure que les agissements de M. Li auraient constitué une infraction au sens plus restrictif de la loi canadienne. Ceci donne lieu à une autre question, celle de savoir qui a la charge de la preuve dans l'application du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i), mais comme cette question n'a pas été débattue, la Cour ne l'a pas tranchée.

(2) Pour examiner l'équivalence entre les deux infractions pour l'application du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i), il n'y a pas lieu pour l'arbitre de faire un parallèle entre les règles de preuve ou de procédure applicables dans les deux ressorts respectifs, lors même que les normes canadiennes sont imposées par la Charte. Ni le sens littéral du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i) ni l'économie de la Loi ne requiert pareille comparaison. La Loi ne prévoit pas une nouvelle audition de la cause avec application des règles de preuve canadiennes. Elle ne prévoit pas non plus l'examen de la validité du verdict de culpabilité prononcé dans le pays étranger. Il est loisible aux tribunaux canadiens de reconnaître ou d'accepter la validité du système juridique d'autres pays abstraction faite de la Charte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 10(b), 11(d), (h), 32.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1), 429(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 283(1), 386(2), 389.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 8(1), 19(2)(a.1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (3), 20 (mod., *idem*, art. 12), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).
Prevention of Bribery Ordinance, Laws of Hong Kong, Revised edition 1987, ch. 201, art. 9(1), (4), (5), 24.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Brannson c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1981] 2 C.F. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.);

Hill v. Minister of Employment and Immigration (1987), 73 N.R. 315 (F.C.A.); *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 487; (1988), 84 N.R. 236 (C.A.); *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; (1992), 92 D.L.R. (4th) 643; [1992] 4 W.W.R. 640; 9 B.C.A.C. 161; 68 B.C.L.R. (2d) 1; 73 C.C.C. (3d) 385; 14 C.R. (4th) 181; 137 N.R. 161; 19 W.A.C. 161; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 20 O.A.C. 161; 76 N.R. 12; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207.

REFERRED TO:

Moore v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] F.C.J. No. 34 (C.A.) (QL); *Lilly v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 794; (1983), 147 D.L.R. (3d) 758; 34 C.R. (3d) 297.

AUTHORS CITED

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. by Mewett, A. W. and M. Manning. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.
Mewett, A. W. and M. Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
Stuart, Don R. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEAL from Motions Judge's refusal to quash an Immigration and Refugee Board decision that the appellants were inadmissible to Canada pursuant to *Immigration Act*, subparagraph 19(2)(a.1)(i) (*Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 298 (F.C.T.D.)) because Mr. Li had been convicted in Hong Kong of offences which were found to be equivalent to *Criminal Code*, section 426. Appeal allowed.

COUNSEL:

Lorne Waldman for appellants.
Chico Korbee for respondent.

SOLICITORS:

Lorne Waldman, Toronto, for appellants.

Hill c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1987), 73 N.R. 315 (C.A.F.); *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 487; (1988), 84 N.R. 236 (C.A.); *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; (1992), 92 D.L.R. (4th) 643; [1992] 4 W.W.R. 640; 9 B.C.A.C. 161; 68 B.C.L.R. (2d) 1; 73 C.C.C. (3d) 385; 14 C.R. (4th) 181; 137 N.R. 161; 19 W.A.C. 161; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 20 O.A.C. 161; 76 N.R. 12; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207.

DÉCISIONS CITÉES:

Moore c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] F.C.J. n° 34 (C.A.) (QL); *Lilly c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 794; (1983), 147 D.L.R. (3d) 758; 34 C.R. (3d) 297.

DOCTRINE

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. by Mewett, A. W. and M. Manning. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.
Mewett, A. W. and M. Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
Stuart, Don R. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEL contre le refus du juge des requêtes d'annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, portant que les appelants ne sont pas admissibles au Canada par application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration (Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 298 (C.F. 1^{re} inst.)) par ce motif que M. Li avait été reconnu coupable à Hong Kong d'infractions jugées équivalentes à l'infraction visée par l'article 426 du *Code criminel*. Appel accueilli.

AVOCATS:

Lorne Waldman pour les appelants.
Chico Korbee pour l'intimé.

PROCUREURS:

Lorne Waldman, Toronto, pour les appelants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

STRAYER J.A.:

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

Introduction

1 This is an appeal from an order of the Trial Division dated May 11, 1995 [(1995), 95 F.T.R. 298] in which the Motions Judge refused to quash a decision of the Adjudication Division of the Immigration and Refugee Board of September 14, 1994. That decision determined that the appellants were inadmissible to Canada pursuant to subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11)] and they were ordered deported. In dismissing the application to quash, the Motions Judge certified four questions for consideration by this Court, thus making possible an appeal under subsection 83(1) [as am. *idem*, s. 73] of the *Immigration Act*.¹

1 Il y a en l'espèce appel formé contre la décision en date du 11 mai 1995 de la Section de première instance [(1995), 95 F.T.R. 298], par laquelle le juge des requêtes a refusé d'annuler la décision en date du 14 septembre 1994 de la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Par cette dernière décision, celle-ci avait jugé que les appelants n'étaient pas admissibles au Canada par application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)] et avait ordonné leur expulsion du pays. Après avoir rejeté la requête en annulation, le juge des requêtes a certifié quatre questions à soumettre à la Cour, ce qui rendait possible l'appel sous le régime du paragraphe 83(1) [mod., *idem*, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* ¹.

Facts

Les faits de la cause

2 The appellant Ronald Fook Shiu Li is a former chairman of the Hong Kong Stock Exchange. He was convicted there in October, 1990 of two offences under section 9 of the Hong Kong *Prevention of Bribery Ordinance*² and was sentenced to four years imprisonment.

2 L'appelant Ronald Fook Shiu Li, ancien président de la Bourse de Hong Kong, a été reconnu coupable en octobre 1990 de deux infractions par application de l'article 9 de la *Prevention of Bribery Ordinance*² de Hong Kong et condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans.

3 The appellants, Mr. Li and his wife, sought entry into Canada in April, 1994. A report under section 20 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 12] of the *Immigration Act* was issued in respect of Mr. Li and an inquiry was convened before an adjudicator commencing in August, 1994. It was agreed by the parties that his wife, the other appellant, would be included in any order made in respect of him. The allegation against Mr. Li was that he fell within the category of inadmissible persons set out in subparagraph 19(2)(a.1)(i) which provides as follows:

3 Les appelants, M. Li et son épouse, ont voulu entrer au Canada en avril 1994. Un rapport a été établi en application de l'article 20 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 12] de la *Loi sur l'immigration* au sujet de M. Li et une enquête s'est ouverte en présence d'un arbitre en août 1994. Les parties sont convenues que l'épouse, qui est l'autre appelant, serait comprise dans toute mesure prise à l'égard de M. Li. L'allégation faite contre ce dernier était qu'il faisait partie de la catégorie des personnes non admissibles visées au sous-alinéa 19(2)a.1(i), qui prévoit ce qui suit:

19. . . .

(2) No immigrant and, except as provided in subsection (3), no visitor shall be granted admission if the immigrant or visitor is a member of any of the following classes:

. . .

(a.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable by way of indictment under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of less than ten years, or

4 The relevant provisions of the *Prevention of Bribery Ordinance* under which the appellant Mr. Li was convicted are as follows:

9(1) Any agent who, without lawful authority or reasonable excuse, solicits or accepts any advantage as an inducement to or reward for or otherwise on account of his —

(a) doing or forbearing to do, or having done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business; . . .

shall be guilty of an offence.

. . .

(4) If an agent solicits or accepts an advantage with the permission of his principal, being permission which complies with subsection (5), neither he nor the person who offered the advantage shall be guilty of an offence under subsection (1) or (2).

(5) For the purposes of subsection (4) permission shall—

(a) be given before the advantage is offered, solicited or accepted; or

(b) in any case where an advantage has been offered or accepted without prior permission, be applied for and given as soon as reasonably possible after such offer or acceptance,

and for such permission to be effective for the purposes of subsection (4), the principal shall, before giving such permission, have regard to the circumstances in which it is sought.

. . .

24. In any proceedings against a person for an offence under this Ordinance, the burden of proving a defence of

19. . . .

(2) Appartiennent à une catégorie non admissible les immigrants et, sous réserve du paragraphe (3), les visiteurs qui:

. . .

a.1) sont des personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans, . . .

Voici les dispositions de la *Prevention of Bribery Ordinance* en application desquelles M. Li a été condamné: 4

[TRADUCTION] 9(1) Est coupable d'infraction l'agent qui, sans y être légalement autorisé ni justifier d'aucune excuse raisonnable, sollicite ou accepte un avantage quelconque, notamment à titre d'encouragement ou de récompense:

a) pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire quelque chose, ayant un lien avec les affaires ou l'entreprise de son commettant . . .

. . .

(4) Si l'agent sollicite ou accepte l'avantage après que son commettant lui en a donné la permission dans les conditions prévues au paragraphe (5), ni lui ni la personne qui offre cet avantage n'est coupable de l'infraction prévue au paragraphe (1) ou (2).

(5) La permission visée au paragraphe (4):

a) doit être donnée avant que l'avantage ne soit offert, sollicité ou accepté;

b) doit être demandée et donnée dès que raisonnablement possible, lorsque l'avantage a été offert ou accepté sans permission préalable;

dans les deux cas, le commettant ne donne la permission que compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles la demande en a été faite.

. . .

24. Il incombe à la personne poursuivie en justice sous le régime de la présente ordonnance de prouver que ses

lawful authority or reasonable excuse shall lie upon the accused.

The Adjudicator concluded that Mr. Li's conviction under that Ordinance was for an offence that if committed in Canada would constitute an offence under subsection 426(1) of the *Criminal Code* of Canada,³ which provides as follows:

426. (1) Every one commits an offence who

(a) corruptly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an agent, or

(ii) being an agent, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person,

any reward, advantage or benefit of any kind as consideration for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act relating to the affairs or business of his principal or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person with relation to the affairs or business of his principal;

5 The Adjudicator proceeded on the basis that, in order to apply subparagraph 19(2)(a.1)(i) to Mr. Li, it was necessary for him to find that the essential elements for a conviction under the *Criminal Code* were also required by Hong Kong law for the convictions entered there against Mr. Li. He stated as follows:

This process involves a determination of the various essential elements of both the Hong Kong and Canadian offences and a comparison of those elements. The offence in Hong Kong appears to have the following essential elements.

- (1) The offender is an agent for a principal.
- (2) He or she accepts or solicits any advantage as an inducement or reward.
- (3) The acceptance or solicitation is carried out without lawful authority or reasonable excuse.
- (4) The inducement or reward is to have the offender do something, or not do something in relation to the principal's affairs.

agissements sont légalement autorisés ou justifient d'une excuse raisonnable.

L'arbitre a conclu que l'infraction pour laquelle M. Li avait été condamné sous le régime de l'ordonnance susmentionnée est équivalente, eût-elle été commise au Canada, à l'infraction visée par le paragraphe 426(1) du *Code criminel*³, qui prévoit ce qui suit:

426. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) par corruption:

(i) donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,

(ii) étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de qui que ce soit,

une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque sorte à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l'entreprise de son commettant ou pour témoigner ou s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

L'arbitre a jugé que M. Li ne tombait sous le coup du sous-alinéa 19(2)a.1(i) que si les éléments essentiels de l'infraction punie par le *Code criminel* étaient aussi requis par la loi applicable à Hong Kong pour les infractions pour lesquelles il y a été condamné. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce propos:

[TRADUCTION] Il échet d'examiner et de comparer les éléments essentiels respectifs de l'infraction punissable à Hong Kong et de celle punissable au Canada. Il appert que l'infraction punissable à Hong Kong comporte les éléments essentiels suivants:

- (1) Le contrevenant est l'agent d'un commettant.
- (2) Il accepte ou sollicite un avantage à titre d'encouragement ou de récompense.
- (3) L'acceptation ou la sollicitation a eu lieu sans autorisation légale ni excuse raisonnable.
- (4) L'encouragement ou la récompense vise à obtenir du contrevenant qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose ayant un lien avec les affaires de son commettant.

5

The Canadian offence suggested by the case presenting officer has the following essential elements.

- (1) The offender is an agent for a principal.
- (2) He or she demands, accepts or offers or agrees to accept a reward, advantage or benefit.
- (3) The demand or acceptance is carried out corruptly and
- (4) The reward, advantage or benefit is to have the offender do something or not do something in relation to the principal's affairs.⁴

The Adjudicator noted that counsel for Mr. Li argued that the third elements in the two analyses were sufficiently different so that the offence for which he was convicted in Hong Kong would not constitute an offence in Canada. The Adjudicator concluded, however, that the requirement in the *Criminal Code* that the act be done "corruptly" was akin to the requirement in the *Prevention of Bribery Ordinance* that the act be carried out "without lawful authority or reasonable excuse". He felt that both offences would require proof of a similar *mens rea*. While it is accepted in Canada that the essence of acting "corruptly" in respect of this offence is to take the benefit without disclosing it to the principal, the Adjudicator thought that this might be equivalent to the requirement that there be a lack of "reasonable excuse". He rejected the argument that, because under section 24 of the *Prevention of Bribery Ordinance* the burden is on the accused to prove lawful authority or reasonable excuse, this would make the offences dissimilar because in Canada the burden would be on the Crown. He dismissed this difference as "procedural in nature". He also rejected the argument that the reversal of burden of proof in Hong Kong would not be acceptable in Canada because it would be contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. He took the view that the Charter cannot "be imposed upon a foreign jurisdiction". Thus, the Adjudicator concluded that Mr. Li fell within subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* and was subject to deportation. The Adjudicator also

L'infraction punissable au Canada, telle qu'en fait état l'agent chargé de présenter les cas, comporte les éléments essentiels suivants:

- (1) Le contrevenant est l'agent d'un commettant.
- (2) Il exige, accepte, offre ou convient d'offrir une récompense, un avantage ou un bénéfice.
- (3) Il exige ou accepte par corruption.
- (4) La récompense, l'avantage ou le bénéfice vise à obtenir du contrevenant qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose ayant un lien avec les affaires de son commettant⁴.

Notant que selon l'avocat de M. Li, le troisième élément était suffisamment différent d'une analyse à l'autre pour que l'infraction pour laquelle ce dernier avait été condamné à Hong Kong ne constitue pas une infraction au Canada, l'arbitre conclut que l'élément constitutif exprimé dans le *Code criminel* par les mots «par corruption» est équivalent à la qualification donnée dans la *Prevention of Bribery Ordinance* de l'acte accompli «sans autorisation légale ni excuse raisonnable». Il estime qu'il faut faire la preuve de la même intention coupable pour l'une et l'autre infractions. Alors qu'il est accepté au Canada qu'au regard de l'infraction en question, le fait d'agir «par corruption» revient essentiellement à accepter l'avantage sans en informer le commettant, l'arbitre estime que cet élément est équivalent à l'absence d'«excuse raisonnable». Il rejette l'argument que l'article 24 de la *Prevention of Bribery Ordinance* imposant à l'accusé la charge de prouver l'autorisation légale ou l'excuse raisonnable, les deux infractions ne seraient pas équivalentes puisque, au Canada, la charge de la preuve incombe au ministère public. Aux yeux de l'arbitre, cette différence est d'«ordre procédural». Il rejette aussi l'argument que la charge inversée de la preuve que prévoit la loi de Hong Kong ne serait pas acceptable au Canada puisqu'elle irait à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. À son avis, la Charte ne saurait «être imposée à un pays étranger». Il conclut ainsi que M. Li tombait sous le coup du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i) de la *Loi sur l'immigration*

rejected a request that he exercise his discretion pursuant to subsection 19(3) of the *Immigration Act* and grant entry to the appellants for a few days.

6 The appellants sought judicial review of these decisions but the learned Motions Judge refused to quash them. The appellants appeal to this Court the refusal of the Motions Judge to quash the deportation order. No mention is made in the notice of appeal of the Adjudicator's refusal to exercise his discretion under subsection 19(3), and that matter was not argued before us.

7 The learned Motions Judge in refusing to quash the deportation order generally agreed with the conclusions of the Adjudicator. He held that in the consideration of the essential elements of the two offences it is not necessary to compare defences. He also rejected the argument that Canadian requirements of the Crown having the burden of proof, particularly those mandated by paragraph 11(d) of the Charter,⁵ would constitute elements of the offence dissimilar to "elements" of the Hong Kong offence. He held that the Charter could have no application to the procedure employed in Hong Kong.

8 Although the learned Motions Judge dismissed the application for judicial review, at the request of counsel for the respondent he certified the following four questions [at page 307]:

1. The criminal equivalency test under s. 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act*, as developed by the Federal Court of Appeal in *Moore, Steward, Hill, and Brannson*, requires a comparison of the "essential elements" of the respective offenses. Does a comparison of the "essential elements" require a comparison of the statutory defences available in the respective offenses as well?

2. Does a comparison of the "essential elements" of the respective offenses require a comparison of all defences available under the respective laws?

3. Does a comparison of the "essential elements" of the respective offenses require a comparison of the burdens of proof available under the respective laws?

et était susceptible d'expulsion. L'arbitre se refuse par ailleurs à exercer son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 19(3) de la même Loi pour accorder aux appelants le droit de séjourner quelques jours au Canada.

6 Les appelants ont exercé un recours en contrôle judiciaire contre ces décisions, mais le juge des requêtes a refusé de les annuler. C'est ce refus du juge des requêtes qui a été porté en appel devant la Cour. L'avis d'appel ne fait pas état du refus de l'arbitre d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 19(3), et ce point n'a fait l'objet d'aucune argumentation devant la Cour.

7 Dans son refus d'annuler la mesure d'expulsion, le juge des requêtes a essentiellement souscrit aux conclusions de l'arbitre. À son avis, il n'est pas nécessaire, dans l'analyse des éléments constitutifs des deux infractions, de comparer les moyens de défense respectivement prévus dans les deux ressorts. Il rejette aussi l'argument selon lequel les règles de droit canadiennes qui imposent au ministère public la charge de la preuve, particulièrement l'impératif de l'alinéa 11(d) de la Charte⁵, font que l'infraction punissable au Canada comporte des «éléments constitutifs» différents de ceux de l'infraction punissable à Hong Kong. Il conclut que la Charte ne saurait s'appliquer à la procédure observée à Hong Kong.

8 Bien qu'il ait rejeté la demande de contrôle judiciaire, le juge des requêtes a certifié les quatre questions suivantes à la demande de l'avocat de l'intimé [à la page 307]:

1. Le critère de l'équivalence des infractions prévue à l'art. 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, tel qu'il a été défini par la Cour d'appel fédérale dans les décisions *Moore, Steward, Hill et Brannson*, requiert la comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction. La comparaison des «éléments essentiels» requiert-elle à son tour la comparaison des moyens de défense prévus par la loi à l'égard de cette infraction dans l'un et l'autre pays?

2. La comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction requiert-elle la comparaison de tous les moyens de défense prévus par les lois respectives?

3. La comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction requiert-elle la comparaison de la charge de la preuve prévue par les lois respectives?

4. Does a comparison of the “essential elements” of the respective offenses require a comparison of the Charter defences, including the defence of the unconstitutionality of the reverse onus of proof, that are available under the respective laws?

- 9 Counsel for the appellants urges that each of these questions be answered in the affirmative. In effect he argues that there must be an equivalence, collectively at least, of both “elements” (as narrowly defined) and of defences. He also argues that there must be an equivalence in matters such as burden of proof, with particular regard in this case to the different result that the Charter would dictate in a trial in Canada as compared to a trial in Hong Kong under the Ordinance as it then stood. On the other hand, the respondent argues that defences should not be taken into account in determining whether the offences are equivalent. Further it is said that it is not necessary, in establishing equivalence, to demonstrate that the rules of evidence including the burden of proof would be the same in the two jurisdictions, even though the procedures followed in the country of conviction would not, because of the Charter, be acceptable in a Canadian court.

Issues

- 10 As the parties have not really argued that there is a distinction between statutory defences and other defences for the purposes of determining the criteria of equivalence of offences, it appears to me that questions 1 and 2 can be dealt with together. Similarly it appears to me that questions 3 and 4 both ask in effect whether a reversal of the burden of proof in a foreign country prevents a conviction there from being equivalent to a conviction for an offence under Canadian federal law. Thus they essentially raise one issue: the applicability of Canadian evidentiary standards (whether based on the Charter or not) as a measure of equivalence of a conviction in a foreign country employing different standards. Therefore questions 3 and 4 can also be answered together.

4. La comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction requiert-elle la comparaison des moyens de défense fondés sur la Charte et permis par les lois respectives, y compris le moyen de l'inconstitutionnalité de la charge inversée de la preuve?

9 L'avocat des appelants engage la Cour à répondre par l'affirmative à chacune de ces questions. Il soutient en effet qu'il doit y avoir, du moins collectivement, équivalence entre les «éléments constitutifs» (strictement définis) et les moyens de défense prévus pour l'une et l'autre infractions. Il soutient en outre qu'il doit y avoir équivalence pour ce qui est des questions comme la charge de la preuve, eu égard en particulier à la différence résultant de la Charte entre l'issue d'un procès au Canada et celle d'un procès tenu à Hong Kong sous le régime de l'ordonnance susmentionnée telle qu'elle était en vigueur. De son côté, l'intimé soutient qu'il ne faut pas prendre en compte les moyens de défense respectifs pour déterminer si les deux infractions sont équivalentes, et qu'il n'est pas nécessaire, pour établir l'équivalence, de démontrer que les règles de preuve, y compris la charge de la preuve, sont les mêmes dans les deux ressorts, même si la procédure observée dans le pays où le verdict de culpabilité a été prononcé n'est pas, en raison de la Charte, acceptable devant une juridiction canadienne.

Les points litigieux

10 Puisque les parties n'ont pas sérieusement soutenu que dans l'examen des critères d'équivalence des deux infractions, il faille distinguer les moyens de défense prévus par la loi et les autres, je conclus que les questions 1 et 2 peuvent être examinées ensemble. De même, il me semble que les questions 3 et 4 demandent l'une et l'autre si la charge inversée de la preuve qui se pratique dans le pays étranger empêche qu'un verdict de culpabilité prononcé dans ce pays soit équivalent au verdict de culpabilité prononcé sous le régime de la loi fédérale canadienne. Elles portent donc essentiellement sur un point litigieux, savoir l'applicabilité des normes de preuve canadiennes (qu'elles soient fondées ou non sur la Charte) pour juger de l'équivalence du verdict de culpabilité prononcé dans un pays étranger qui observe d'autres normes. On peut donc répondre en même temps aux questions 3 et 4.

11 I would therefore identify the issues to be determined as follows:

(1) Does the test of equivalence of an offence under foreign and Canadian law for these purposes require a comparison of both the elements of, and defences to, each offence, under the respective laws of each country?

(2) Must there be an equivalence of burdens of proof, in respect of the trial of the offences being compared, in order for those offences to be equivalent?

I would also add that question 4, to the extent that it raises an issue of “Charter defences” in general, cannot be answered because this case does not give rise to any such general issue. It gives rise only to a question of comparing the burdens of proof under the two systems of law, a matter which in Canada is ultimately governed by the Charter.

Analysis

Are Defences a Measure of Equivalence?

12 In considering this question it will be useful to refer again to the actual language of subparagraph 19(2)(a.1)(i) which requires that, for a person to be rendered inadmissible under this subparagraph he or she must:

19. (2) . . .

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence [punishable by indictment under Canadian federal law]. [Emphasis added.]

It is common to speak of this provision as requiring the “equivalence” of the foreign and Canadian offences and the Motions Judge correctly adopted this language in the certified questions. The reference in those questions to “essential elements” as the test of equivalency comes from earlier decisions of this Court. The jurisprudence of this Court has

Les points litigieux à trancher sont donc à mon avis les suivants:

(1) Le critère de l'équivalence entre une infraction punissable par la loi étrangère et une infraction punissable par la loi canadienne prescrit-il la comparaison à la fois de leurs éléments constitutifs et des moyens de défense respectivement prévus par la loi de chaque pays?

(2) L'équivalence entre ces infractions est-elle assujettie à l'équivalence de la charge de la preuve imposée dans leur jugement respectif?

Il y a lieu d'ajouter que la question 4, dans la mesure où elle touche aux «moyens de défense fondés sur la Charte» en général, ne peut avoir réponse en l'espèce car l'affaire en instance ne soulève pas pareille question générale. Elle ne soulève que la question de la comparaison de la charge de la preuve applicable sous deux systèmes de droit différents, question qui, au Canada, est régie en dernier ressort par la Charte.

Analyse

Les moyens de défense sont-ils un critère d'équivalence?

12 Il convient, pour examiner cette question, de se reporter aux termes mêmes du sous-alinéa 19(2)a.1)-(i), selon lequel ne peuvent être déclarées non admissibles sous son régime que les personnes:

19. (2) . . .

(i) . . . déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction [qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation]. [Non souligné dans l'original.]

Il est généralement reconnu que cette disposition pose pour condition «l'équivalence» entre l'infraction punissable dans le pays étranger et l'infraction punissable au Canada, et le juge des requêtes a correctement adopté ce vocabulaire dans les questions certifiées. La mention dans ces questions des «éléments essentiels» à titre de critère d'équivalence

not yet, as far as I can ascertain, dealt expressly with the particular issue being addressed here: namely whether the “essential elements” to be compared include defences. One can, however, derive certain guiding principles from those decisions. In *Brannson v. Minister of Employment and Immigration*⁶ this Court was dealing with a similar provision of the *Immigration Act*. Ryan J.A. writing for the majority made the following comments concerning the comparison of the offence for which a person has been convicted under foreign law and an offence under an Act of Parliament.

Whatever the names given the offences or the words used in defining them, one must determine the essential elements of each and be satisfied that these essential elements correspond. One must, of course, expect differences in the wording of statutory offences in different countries. [Emphasis added.]

The Court found in that case that the offence under which the person had been convicted in the United States was broader than the allegedly similar provision of the *Criminal Code* of Canada. Ryan J.A. said that in such a case it would be open to lead evidence before the adjudicator of the particulars as charged of the actual offence committed, to enable the adjudicator to determine whether the offence actually committed would fit within the Canadian offence definition. He seemed to indicate that evidence as to what the person in question had actually done would also be admissible in determining whether his or her acts would have constituted an offence in Canada. Urie J.A. in concurring expressed the matter somewhat differently. He said [at page 144] that there should be a comparison of the “essential ingredients” (he did not use the term “essential elements” as did Ryan J.A.) and he said there should also be evidence as to the circumstances of the offence, which evidence could be either documentary (e.g. the particulars as charged in the U.S.) or *viva voce* as to how the offence had actually been committed. By this means it would be possible to determine whether, although the offence might be more broadly defined in the United States,

s’explique par des décisions antérieures de la Cour. Pour autant que je sache, la jurisprudence de notre Cour n’a jamais abordé expressément la question à trancher en l’espèce, savoir si les «éléments essentiels» à comparer recouvrent aussi les moyens de défense prévus dans l’un et l’autre cas. On peut cependant en dégager certains principes directeurs. Dans *Brannson c. Le ministre de l’Emploi et de l’Immigration*⁶, affaire portant sur une disposition semblable de la *Loi sur l’immigration*, le juge d’appel Ryan, prononçant le jugement majoritaire, a fait l’observation suivante au sujet de la comparaison entre l’infraction pour laquelle une personne a été condamnée sous le régime de la loi étrangère et une infraction punissable par une loi fédérale du Canada:

Quels que soient les termes employés pour désigner ces infractions ou pour les définir, il faut relever les éléments essentiels de l’une et de l’autre et s’assurer qu’ils correspondent. Naturellement, il faut s’attendre à des différences dans le langage employé pour définir les infractions dans les différents pays. [Non souligné dans l’original.]

La Cour a conclu dans l’affaire susmentionnée que la définition de l’infraction pour laquelle l’intéressé avait été condamné aux États-Unis était plus large que celle de la soi-disant infraction équivalente, que prévoit le *Code criminel* du Canada. Le juge d’appel Ryan a conclu que dans ce cas, il y aurait lieu d’autoriser la production de la preuve des détails de l’infraction pour laquelle l’intéressé avait été condamné afin que l’arbitre pût décider si cette infraction correspondait à l’infraction punissable au Canada. Il semblait indiquer que la preuve de ce que l’intéressé avait vraiment fait serait admissible pour ce qui était de juger si ses agissements constitueraient une infraction au Canada. Par motifs concordants, le juge d’appel Urie voyait les choses un peu différemment. À son avis [à la page 144], il fallait comparer les éléments essentiels (il employait, dans le jugement rendu en anglais, les termes «*essentiel ingredients*» et non les termes «*essentiel elements*» qu’employait le juge d’appel Ryan), mais il fallait aussi qu’il y ait la preuve des faits qui justifiaient les poursuites dans le pays étranger, cette preuve pouvant être la preuve authentique (par exemple des détails du chef d’accusation formulé aux États-Unis) ou le témoignage de vive voix concernant la manière

the acts for which the person was convicted would also have made him or her guilty of an offence in Canada.

- 13 The Court of Appeal jurisprudence has not developed significantly beyond this analysis in subsequent cases. In *Hill v. Minister of Employment and Immigration*⁷ Hugessen J.A. found that an equivalence had not been properly established as between the theft provisions of a Texas statute and the then subsection 283(1) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. While the Canadian statute provided that “[e]very one commits theft who fraudulently and without colour of right takes”, it had not been demonstrated that there was any similar requirement in the Texas statute that the taking be without colour of right. In that case the adjudicator had evidence which could have supported the assertion of a colour of right. In addition to speaking of “elements”, Hugessen J.A. used the language of “ingredients”, describing the absence of colour of right as “an essential ingredient of the offence of theft in Canada”.⁸ Urie J.A. in a concurring judgment also used the language of “essential ingredients” as he did in the *Brannson* case. He also elaborated on how to determine equivalency, as follows [at page 320]:

It seems to me that because of the presence of the words “would constitute an offence . . . in Canada”, the equivalency can be determined in three ways:—first, by a comparison of the precise wording in each statute both through documents and, if available, through the evidence of an expert or experts in the foreign law and determining therefrom the essential ingredients of the respective offences. Two, by examining the evidence adduced before the adjudicator, both oral and documentary, to ascertain whether or not that evidence was sufficient to establish that the essential ingredients of the offence in Canada has been proven in the foreign proceedings, whether precisely described in the initiating documents or in the same words or not. Third, by a combination of one and two.

dont l’infraction avait été commise. C’est de cette façon qu’il serait possible de décider si, bien que l’infraction en question ait pu faire l’objet d’une définition plus large aux États-Unis, les agissements pour lesquels l’intéressé y avait été condamné l’auraient rendu coupable d’une infraction au Canada.

- 13 La Cour d’appel n’a pas été appelée à aller bien au-delà de cette analyse dans les causes subséquentes. Dans *Hill c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*⁷, le juge d’appel Hugessen a conclu qu’il n’y avait pas d’équivalence prouvée entre les dispositions d’une loi du Texas en matière de vol et le paragraphe 283(1) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] en vigueur à l’époque. Alors qu’aux termes de la loi canadienne, «[c]ommet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit», il n’a pas été prouvé que le texte de loi du Texas pose pour condition le fait de prendre sans apparence de droit. Dans cette affaire, l’arbitre avait été saisi de la preuve qui aurait pu corroborer l’assertion d’apparence de droit. Dans son jugement (rendu en anglais), le juge d’appel Hugessen, outre le terme «*elements*», emploie aussi le terme «*ingredients*» pour conclure que le défaut d’apparence de droit est «un élément essentiel de l’infraction de vol au Canada»⁸. Dans ses motifs concordants, le juge d’appel Urie a employé les termes «*essentiel ingredients*» tout comme il l’avait fait dans la cause *Brannson*. Il a également clarifié le mode d’établissement de l’équivalence en ces termes [à la page 320]:

Il me semble que, étant donné la présence des termes «qui constitue . . . un infraction . . . au Canada», l’équivalence peut être établie de trois manières: tout d’abord, en comparant le libellé précis des dispositions de chacune des lois par un examen documentaire et, s’il s’en trouve de disponible, par le témoignage d’un expert ou d’experts du droit étranger pour dégager, à partir de cette preuve, les éléments essentiels des infractions respectives; en second lieu, par l’examen de la preuve présentée devant l’arbitre, aussi bien orale que documentaire, afin d’établir si elle démontrait de façon suffisante que les éléments essentiels de l’infraction au Canada avaient été établis dans le cadre des procédures étrangères, que les mêmes termes soient ou non utilisés pour énoncer ces éléments dans les actes introductifs d’instance ou dans les dispositions légales; en troisième lieu, au moyen d’une combinaison de cette première et de cette seconde démarches.

This approach has been approved by the Court in subsequent cases.⁹ It appears from the jurisprudence that the second way of determining equivalency, as suggested by Urie J.A., is particularly useful where there is insufficient evidence of the legal scope of the foreign offence or where it appears that the comparable Canadian offence is narrower than the foreign offence. In such a case it is permissible for the adjudicator to consider evidence as to the acts actually committed by the offender and for which he was convicted abroad.¹⁰ This approved second way also points up the fundamental test of equivalence: would the acts committed abroad and punished there have been punishable here?

Cette méthodologie a été adoptée par la Cour dans des causes subséquentes⁹. Il ressort de la jurisprudence que la deuxième méthode d'établissement de l'équivalence, telle que l'a définie le juge d'appel Urie, est particulièrement utile quand il n'y a pas suffisamment de preuves sur la qualification juridique de l'infraction punissable dans le pays étranger ou quand il appert que l'infraction punissable au Canada est plus étroitement définie. Dans pareil cas, il est loisible à l'arbitre de prendre en compte les preuves relatives aux actes qu'avait effectivement commis l'intéressé et pour lesquels il avait été condamné à l'étranger¹⁰. Cette deuxième méthode approuvée fait également ressortir le critère fondamental de l'équivalence, savoir si les actes commis à l'étranger et pour lesquels l'intéressé y a été condamné seraient punissables chez nous.

14 The learned Motions Judge in the present case concluded that this Court has in determining equivalency only had regard to comparing the "elements" of offences in contrast to "defences". He therefore came to the conclusion that defences under Canadian law need not be compared with either defences or elements of foreign offences. I assume that what he and counsel for the Minister had in mind was a distinction made between "elements" and "defences" once considered relevant for the purpose of assigning the burden of proof.¹¹

Le juge des requêtes a conclu en l'espèce que pour se prononcer sur l'équivalence, la Cour n'a qu'à comparer les «éléments constitutifs» des infractions respectives, et non les «moyens de défense» possibles dans l'un et l'autre cas. Il en conclut qu'il n'est pas nécessaire de comparer les moyens de défense du droit canadien avec les moyens de défense ou les éléments constitutifs de l'infraction punissable dans le pays étranger. Je suppose que ce que lui-même et l'avocat du ministre avaient à l'esprit fût la distinction entre «éléments constitutifs» et «moyens de défense», distinction qui, par le passé, avait été considérée comme pertinente pour ce qui était de la charge de la preuve¹¹.

15 In opposition to the position, based on this distinction, that only "elements" are relevant to equivalence, the appellants argued that this Court had refused in the *Steward* case¹² to find an equivalency between an Oklahoma statute and the offence of arson under then section 389 of the *Criminal Code* because of a difference in available defences. In that case the Court had regard, *inter alia*, to then subsection 386(2) of the *Criminal Code* which provided:

S'opposant à l'argument, fondé sur cette distinction, que les «éléments constitutifs» des infractions respectives sont le seul facteur déterminant, les appelants soutiennent que dans sa décision *Steward*¹², cette Cour avait refusé, en raison de la différence des moyens de défense, de conclure à l'équivalence entre l'infraction visée par une loi de l'Oklahoma et le crime d'incendie prévu à la disposition qui était l'article 389 du *Code criminel*. La Cour s'était fondée entre autres sur la disposition qui était à l'époque le paragraphe 386(2) du *Code criminel* et qui prévoyait ce qui suit:

386. . . .

(2) No person shall be convicted of an offence under sections 387 to 402 where he proves that he acted with legal justification or excuse and with colour of right.

The Court said that the “essential elements” of the Oklahoma and Canadian offences were not the same because there was no reference to colour of right in the Oklahoma statute. Heald J.A writing for the Court stated:

A comparison of the precise wording in each statute does not reveal common essential ingredients.¹³

Thus it was argued by the present appellants that defences are part of the “elements” or “ingredients” to be taken into account. The learned Motions Judge, however, interpreted *Steward* as treating colour of right as an element of the offence and not as a defence. He therefore concluded that this Court had confined itself to comparing “elements” and not defences in its determination of equivalency.

16 With respect, I do not believe that it is possible to draw such a conclusion as to the jurisprudence of this Court either from the *Steward* case or the others cited. First it may be observed that in none of these cases did the Court specifically explain that it was using the term “element” in a technical sense, in contrast to a “defence”. Indeed the Court, as will be noted, has not been consistent in using the term “element” but has frequently referred to the “ingredients” of the offence. Further it has in both the *Hill* case and the *Steward* case treated the absence of colour of right as a requirement for establishing guilt. Colour of right has been normally referred to as a defence in criminal law.¹⁴ In *Hill* there might have been some argument for treating colour of right as an element of the offence of theft whose definition states that one is guilty of that crime if he “fraudulently and without colour of right takes”. But in the *Steward* case relied upon by counsel for the Minister and the Motions Judge the colour of right requirement was stated, not in the offence defining arson but in a separate section, subsection 386(2) as quoted above, which precluded a conviction where

386. . . .

(2) Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction visée aux articles 387 à 402 s’il prouve qu’il a agi avec une justification ou une excuse légale et avec apparence de droit.

La Cour a conclu dans cette cause que les «éléments essentiels» respectifs de l’infraction punissable dans l’Oklahoma et de celle punissable au Canada n’étaient pas les mêmes puisque la loi de l’Oklahoma ne disait rien de l’apparence de droit. Prononçant le jugement de la Cour, le juge d’appel Heald a fait la constatation suivante:

Une comparaison du libellé précis de chacune des lois ne révèle pas la présence d’éléments essentiels communs¹³.

Les appelants en l’espèce concluent que les moyens de défense font partie intégrante des «éléments» à prendre en considération. Le juge des requêtes interprète cependant l’arrêt *Steward* comme voyant dans l’apparence de droit, non pas un moyen de défense, mais un élément spécifique de l’infraction. Il en conclut que notre Cour s’était limitée à comparer les «éléments constitutifs» et non les moyens de défense dans son analyse de l’équivalence.

Je ne pense cependant pas qu’il soit possible de 16 tirer pareille conclusion sur la jurisprudence de notre Cour que ce soit de l’arrêt *Steward* ou des autres causes citées. Il y a lieu de noter tout d’abord que dans aucune de ces causes, la Cour n’a expressément expliqué qu’elle employait le terme «élément» dans un sens restrictif, par contraste à «moyen de défense». En effet, comme nous le verrons plus loin, la Cour n’a pas employé le terme (anglais) «*element*» de façon constante, mais a fréquemment fait état (dans les jugements rendus en anglais) des «*ingredients*» de l’infraction. Qui plus est, dans *Hill* comme dans *Steward*, elle a vu dans le défaut d’apparence de droit une condition essentielle du verdict de culpabilité. L’apparence de droit a été normalement considérée comme un moyen de défense en matière pénale¹⁴. Dans l’affaire *Hill*, on pourrait soutenir que le défaut d’apparence de droit était considéré comme un élément constitutif du vol, dont la définition prévoit que commet cette infraction quiconque «prend frauduleusement et sans apparence de droit». Mais dans l’affaire *Steward* que citent l’avocat du ministre et le juge des requêtes, la condi-

the accused “proves that he acted with . . . colour of right” (emphasis added). This was clearly framed as a defence with the onus being on the accused. It meets the classical test of a defence: that is, a matter which must be raised by the defendant but only if the prosecution has shown that, were it not for this defence, the accused would be guilty.¹⁵ I thus respectfully disagree with the Motions Judge that this Court in *Steward* intended to treat the absence of colour of right as an “element” instead of treating its presence as a “defence”. Nothing in the decision requires that interpretation and such a conclusion would appear to be contrary to principle. I therefore conclude that the jurisprudence of this Court does not necessitate the categorization of requirements for offences into “elements” and “defences” with no account being taken of the latter for the purpose of establishing equivalency. Indeed it appears to me that the distinction between “elements” and “defences” has become of less significance in Canadian criminal law since the presumption of innocence has been constitutionally guaranteed in paragraph 11(d) of the Charter.¹⁶ The Supreme Court of Canada has held in *R. v. Whyte*¹⁷ that the characterization of a factor as an element or defence cannot affect the presumption of innocence: absent a justification within section 1 of the Charter an accused may not be “required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction”.¹⁸

tion de l'apparence de droit était prévue, non pas dans la définition de l'incendie criminel, mais dans une autre disposition, le paragraphe 386(2) susmentionné, qui excluait la déclaration de culpabilité si l'accusé «prouve qu'il a agi avec . . . apparence de droit» (non souligné dans l'original). La formulation était clairement celle d'un moyen de défense, avec charge de la preuve incombant à l'accusé. Cette disposition répond au critère classique du moyen de défense: c'est le facteur que le défendeur doit faire valoir après que la poursuite aura prouvé que, n'eût été ce moyen de défense, il serait coupable¹⁵. Je ne partage donc pas la conclusion du juge des requêtes que, dans *Steward*, notre Cour voyait dans le défaut d'apparence de droit un «élément constitutif» de l'infraction, et non pas dans sa présence un «moyen de défense». Rien dans cette décision n'oblige à cette interprétation et pareille conclusion est contraire au principe. Je conclus donc que la jurisprudence de notre Cour ne pose pas pour règle la distinction entre les «éléments constitutifs» de l'infraction et les «moyens de défense» y afférents, sans que ces derniers entrent en ligne de compte pour établir l'équivalence. En effet, la distinction entre «éléments constitutifs» et «moyens de défense» a encore moins d'importance en droit pénal canadien depuis que la présomption d'innocence est constitutionnellement garantie par l'alinéa 11d) de la Charte¹⁶. Dans *R. c. Whyte*¹⁷, la Cour suprême du Canada a jugé que la qualification d'un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur la présomption d'innocence: faute de justification au regard de l'article premier de la Charte, l'accusé ne serait pas obligé de «démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable»¹⁸.

17 Nor in my view does a proper interpretation of subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* require such a technical dissection of foreign and Canadian offences into “elements” and “defences”. The institutional setting must be kept in mind. Such determinations of equivalency must be made by an adjudicator in a quasi-judicial proceeding. It is hardly to be expected that he or she is to make such fine distinctions in Canadian, much less foreign, criminal law. The purpose of the provision is obviously to

Je ne pense pas non plus qu'une interprétation correcte du sous-alinéa 19(2)a.1)(i) de la *Loi sur l'immigration* nécessite une dissection aussi méticuleuse de l'infraction punissable au Canada et de celle punissable dans le pays étranger en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense». Il faut tenir compte du contexte institutionnel. La décision sur l'équivalence est le fait d'un arbitre dans une procédure quasi judiciaire. On ne peut guère s'attendre que cet arbitre fasse des distinctions aussi subtiles

exclude from Canada persons who have done things abroad, for which they have been convicted there, which Canada regards by its laws as constituting serious misconduct. This purpose would not, for example, be served by a rule that two offences are not equivalent because the requirement of a particular intent in the foreign law is treated as an element of the offence, whereas in Canadian law its lack is treated as a defence.

18 I believe that it would be most consistent with the purposes of the statute, and not inconsistent with the jurisprudence of this Court, to conclude that what equivalency of offences requires is essentially the similarity of definitions of offences. A definition is similar if it involves similar criteria for establishing that an offence has occurred, whether those criteria are manifested in "elements" (in the narrow sense) or "defences" in the two sets of laws. In my view the definition of an offence involves the elements and defences particular to that offence, or perhaps to that class of offences.¹⁹ For the purpose of subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* it is not necessary to compare all the general principles of criminal responsibility in the two systems: what is being examined is the comparability of offences, not the comparability of possible convictions in the two countries.

19 Therefore questions 1 and 2 cannot be answered simply by an affirmative or negative answer. The answer to each must instead be:

A comparison of the "essential elements" of the respective offences requires a comparison of the definitions of those offences including defences particular to those offences or those classes of offences.

20 As the Judge took the position that defences need not be taken into account, we must then consider whether the above answer to these questions should result in allowing the appeal. I have concluded it

dans le droit pénal canadien, et encore moins dans le droit pénal étranger. Cette disposition a de toute évidence pour objet d'exclure du Canada des personnes qui ont commis à l'étranger des infractions pour lesquelles elles ont été condamnées et que la loi canadienne considère comme des transgressions graves. Ce serait faire échec à ce but que de poser pour règle que deux infractions ne sont pas équivalentes parce qu'un facteur est considéré comme un élément constitutif dans la loi étrangère, mais comme un moyen de défense dans la loi canadienne.

Je pense qu'il serait tout à fait conforme à l'objectif de la loi, et à la jurisprudence de notre Cour, de conclure que ce que signifie l'équivalence, c'est essentiellement la similitude de définition des deux infractions. Une définition est similaire si elle prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l'infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» (au sens restrictif) ou par des «moyens de défense» dans l'une ou l'autre loi. À mon avis, la définition d'une infraction embrasse les éléments constitutifs et les moyens de défense propres à cette infraction, voire à cette catégorie d'infractions¹⁹. Dans l'application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, il n'est pas nécessaire de comparer tous les principes généraux de responsabilité pénale dans les deux systèmes: ce qu'il faut examiner, c'est la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation dans les deux pays.

Il s'ensuit qu'on ne peut donner aux questions 1 et 2 une simple réponse affirmative ou négative. La réponse à chacune d'elles doit par contre être la suivante:

La comparaison des «éléments essentiels» de l'une et l'autre infractions requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense propres à ces infractions ou aux catégories dont elles relèvent.

Le juge des requêtes ayant conclu qu'il n'était pas nécessaire de prendre en compte les moyens de défense, nous devons examiner si la réponse ci-dessus à ces questions conduit à l'accueil de l'appel.

18

19

20

should. The Adjudicator considered that the requirement in paragraph 426(1)(a) of the *Criminal Code* that a bribe or advantage be taken “corruptly” was equivalent to the requirement in paragraph 9(1)(a) of the *Prevention of Bribery Ordinance* that the acceptance of a reward be made “without lawful authority or reasonable excuse”. However, I do not believe this is in accordance with established jurisprudence as to the meaning of “corruptly” in paragraph 426(1)(a) of the *Criminal Code*. In *R. v. Kelly*²⁰ the majority of the Supreme Court held that in this context “corruptly” means “without disclosure” to the principal. Such disclosure to be a defence must have been effected in an adequate and timely manner, but once made the taking of the reward by an agent cannot be found to have been done “corruptly”. This appears to make the Canadian offence much narrower than the Hong Kong offence. It appears from the wording of the *Prevention of Bribery Ordinance* that mere disclosure would not render innocent the taking of a bribe or advantage. Paragraph 9(1)(a) of that Ordinance creates an offence where the advantage or reward is taken “without lawful authority or reasonable excuse”. It is easy to conceive that an agent in Hong Kong might disclose to his principal that he had received a benefit, but if the principal did not give “lawful authority” for the agent to do so the offence would still have been committed. The wording of subsection 9(5) of the Ordinance quoted above highlights the importance of timely permission from the principal and requires that it be an informed permission. Therefore it is obvious that persons could be convicted of the Hong Kong offence in circumstances where they would not be guilty of an offence in Canada, given the defence available here arising out of the somewhat narrow meaning of “corruptly” as ascribed by the Supreme Court.

J’ai conclu que oui. Pour l’arbitre, la condition posée par l’alinéa 426(1)a) du *Code criminel* que le pot-de-vin ou l’avantage soit accepté «par corruption» est équivalente à la condition posée par l’alinéa 9(1)(a) de la *Prevention of Bribery Ordinance* que l’agent ait accepté la récompense [TRADUCTION] «sans y être légalement autorisé ni justifier d’aucune excuse raisonnable». Je ne pense pas que pareille interprétation soit conforme à la jurisprudence établie quant au sens de la locution «par corruption» figurant à l’alinéa 426(1)a) du *Code criminel*. Dans *R. c. Kelly*²⁰, la Cour suprême du Canada a conclu par décision majoritaire que dans ce contexte, «par corruption» signifiait «faute de divulgation» au commettant. Pour que la divulgation puisse constituer un moyen de défense, il faut qu’elle soit faite avec suffisamment de détails et en temps voulu, mais dès qu’elle est faite, l’acceptation de la récompense par l’agent ne peut plus être considérée comme l’ayant été «par corruption». Ce facteur donne à l’infraction punissable au Canada un sens plus restrictif que ce n’est le cas pour l’infraction punissable à Hong Kong. Il ressort de la phraseologie de l’ordonnance de Hong Kong que la simple divulgation ne déculpabilise pas l’acceptation du pot-de-vin ou de l’avantage. L’alinéa 9(1)(a) de cette ordonnance crée une infraction quand l’agent accepte un avantage ou une récompense [TRADUCTION] «sans y être légalement autorisé ni justifier d’aucune excuse raisonnable». Il est facile de concevoir qu’un agent à Hong Kong puisse informer son commettant qu’il a reçu un avantage, mais si ce commettant ne lui en donne pas «l’autorisation légale», l’agent aura quand même commis l’infraction. Les termes du paragraphe 9(5) de l’ordonnance, cité *supra*, soulignent l’importance de la permission donnée en temps voulu par le commettant et prescrivent qu’il doit s’agir là d’une permission donnée en connaissance de cause. Il est donc manifeste que des personnes pourraient être reconnues coupables à Hong Kong dans des circonstances telles qu’elles ne seraient pas déclarées coupables de la même infraction au Canada, étant donné l’existence du moyen de défense tiré du sens plus restrictif de la locution «par corruption», tel que le prescrit la Cour suprême.

21 It might have been possible to demonstrate through particulars of the Hong Kong charges, or

Il aurait pu être possible de démontrer, à la lumière des détails des chefs d’accusation formulés à

from the evidence from the trials there, that in fact what Mr. Li did would also have constituted an offence within the somewhat narrower Canadian *Criminal Code* provisions. But there is nothing to indicate that there was such evidence before the Adjudicator. This gives rise to another question which was not argued before us and thus is not for determination now: namely, who has the burden of proof in the application of subparagraph 19(2)(a.1)(i)? First it must be noted that subsection 8(1) of the *Immigration Act* provides as follows:

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

Paragraph 19(2)(a.1) applies to

19. (2)

(a.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of . . .

(ii) have committed outside Canada . . .

[an offence or act punishable by indictment under Canadian federal law]. [Emphasis added.]

What need the Minister do in these circumstances to produce reasonable grounds for such belief? Would, for example, a certificate of foreign conviction suggesting a similarity to a Canadian indictable offence suffice? Does subsection 8(1) require the would-be entrant to show the conviction was dissimilar either by reference to the facts or the law? I make no finding on these matters as they appear not to have been specifically addressed either in this or previous cases, although there seems to have been a certain assumption that the burden is on the Minister to prove equivalence.²¹

Hong Kong ou des preuves administrées lors des procès qui y ont eu lieu, qu'en fait les agissements de M. Li auraient constitué une infraction au sens quelque peu plus restrictif des dispositions du *Code criminel*. Rien n'indique cependant que l'arbitre ait été saisi de preuves de ce genre. Ce qui donne lieu à une autre question qui n'a pas été débattue en l'espèce et que par conséquent la Cour n'a pas été appelée à trancher, savoir celle de la charge de la preuve dans l'application du sous-alinéa 19(2)a.1(i). Il faut noter en tout premier lieu que le paragraphe 8(1) de la *Loi sur l'immigration* prévoit ce qui suit:

8. (1) Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

L'alinéa 19(2)a.1) s'applique aux

19. (2) . . .

a.1) . . . personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction . . .

(ii) soit commis un fait . . .

[punissable par voie d'acte d'accusation sous le régime d'une loi fédérale]. [Non souligné dans l'original.]

Que doit faire le ministre dans ces conditions pour faire valoir les motifs raisonnables d'une telle croyance? Suffirait-il, par exemple, d'un certificat de verdict de culpabilité étranger qui permette de conclure à la similarité avec un acte criminel au regard de la loi canadienne? Le paragraphe 8(1) fait-il à celui qui cherche à entrer au Canada l'obligation de démontrer que l'infraction dont il a été reconnu coupable n'est pas similaire que ce soit sur le plan des faits ou sur le plan de la qualification juridique? Je ne me prononce pas sur cette question puisqu'elle n'a été expressément posée ni en l'espèce ni dans les causes antérieures, bien qu'il y ait dans une certaine mesure présomption qu'il incombe au ministre de prouver l'équivalence²¹.

22 On the basis of the existing record, however, the appeal must be allowed.

Cependant, à la lumière du dossier soumis à la Cour, l'appel doit être accueilli. 22

Is Burden of Proof a Matter of Equivalence?La charge de la preuve est-elle un facteur à prendre en considération en matière d'équivalence?

23 This is the essential issue raised by questions 3 and 4.

Telle est la substance des questions 3 et 4.

23

24 As quoted above, section 24 of the *Prevention of Bribery Ordinance* of Hong Kong states that in proceedings against the person for an offence under the Ordinance “the burden of proving a defence of lawful authority or reasonable excuse shall lie upon the accused”. The appellants argue that because of paragraph 11(d) of the Charter, which guarantees the presumption of innocence for a person charged with an offence in Canada, there could be no burden of proof on a person charged under the equivalent section of the *Criminal Code*. Counsel for the appellants states his essential argument in his factum as follows:

Aux termes de l'article 24, cité *supra*, de la *Prevention of Bribery Ordinance* de Hong Kong [TRADUCTION] «[i]l incombe à la personne poursuivie en justice [sous son régime] de prouver que ses agissements sont légalement autorisés ou justifient d'une excuse raisonnable». Les appelants soutiennent que par application de l'alinéa 11d) de la Charte, qui porte présomption d'innocence jusqu'à ce que l'inculpé soit reconnu coupable en justice, la personne poursuivie sous le régime de l'article correspondant du *Code criminel* ne peut être tenue à la charge de la preuve. Leur avocat présente cet argument essentiel dans son mémoire comme suit:

24

It is submitted that the fundamental principal [*sic*] behind equivalency is that a person can only be found inadmissible to Canada if the adjudicator is satisfied that the same fact situation that resulted in a conviction in Hong Kong would, by necessary implication, result in a conviction in Canada.

[TRADUCTION] Le principe fondamental qui sous-tend la règle de l'équivalence est que l'arbitre ne peut déclarer une personne non admissible que s'il est convaincu que les faits qui ont conduit au verdict de culpabilité à Hong Kong conduiraient, par déduction nécessaire, à une déclaration de culpabilité au Canada.

From this principle he argues that where in the trial of similar offences the burden of proof is on the accused in Hong Kong law, but on the Crown in Canadian law, the offences cannot be equivalent.

De ce principe, il conclut que si dans le jugement d'infractions similaires, la charge de la preuve incombe à l'accusé selon la loi de Hong Kong, mais au ministère public selon la loi canadienne, ces infractions ne peuvent être équivalentes.

25 I believe it is necessary to return again to the language of subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act*, which requires that the person in question have been convicted outside Canada “of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence [under Canadian federal law punishable by way of indictment]”. As the Adjudicator said to Mr. Li:

Il convient à cet égard de revenir sur le texte du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, qui pose pour condition que l'intéressé ait été déclaré coupable à l'étranger «d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction [punissable par une loi fédérale par voie d'acte d'accusation]». Ainsi que l'a fait remarquer l'arbitre à M. Li:

25

The issue before me Mr. Li, is whether a Canadian equivalent exists for the offence for which you were convicted outside Canada, not whether you would have been convicted in Canada for the offence.²²

[TRADUCTION] La question se pose, monsieur Li, de savoir s'il y a au Canada une infraction équivalente à celle dont vous avez été déclaré coupable à l'extérieur de ce pays, et non pas de savoir si vous auriez été condamné au Canada pour cette infraction²².

I agree with this analysis of the statutory language. As indicated earlier, in my view the purpose of subparagraph 19(2)(a.1)(i) is to render inadmissible

Je partage cette analyse du texte de loi. Comme noté *supra*, le sous-alinéa 19(2)a.1(i) vise à interdire l'entrée aux personnes qui ont été déclarées coupables

persons who have been convicted of acts abroad which, if committed in Canada, would be denounced by giving rise to liability for a prosecution by way of indictment. What must be compared are the factual and legal criteria for establishing the offence both abroad and in Canada. It is not necessary to compare the adjectival law by which a conviction might or might not be entered in each country. The literal meaning of paragraph 19(2)(a.1) does not require such comparisons. Nor would such comparisons be consistent with the scheme of the Act under which equivalency is to be determined. The Act does not contemplate a retrial of the case applying Canadian rules of evidence. Nor does it contemplate an examination of the validity of the conviction abroad.²³ This is so whether the Canadian standards of procedure or evidence sought to be applied are based on the Charter, statute, or common law. Literally, of course, the Charter cannot apply to public institutions of Hong Kong because they are not covered by section 32 of the Charter. While proceedings in Canada under the *Immigration Act* must no doubt be conducted in accordance with the Charter, it is not inappropriate for Canadian tribunals to recognize and accept the validity of foreign legal systems without measuring them against the Charter. Thus the majority of the Supreme Court in *Canada v. Schmidt*²⁴ refused to deny extradition to the United States in spite of a plea that extradition would result in the accused being tried there twice for the same offence, contrary to the guarantee in paragraph 11(h) of the Charter. As La Forest J. said:

... I see nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in the ordinary way in accordance with the system for the administration of justice prevailing in that country simply because that system is substantially different from ours with different checks and balances. The judicial process in a foreign country must not be subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country. A judicial system is not, for example, fundamentally unjust—indeed it may in its practical workings be as just as ours—because it functions on the basis of an investigatory system without a presumption of innocence or, generally, because its pro-

bles à l'étranger d'actes qui, eussent-ils été commis au Canada, auraient été réprouvés au moyen d'une poursuite par voie d'accusation. Ce qu'il faut comparer, ce sont les faits et la qualification juridique qui caractérisent l'infraction au Canada et dans le pays étranger. Il n'est pas nécessaire de comparer la procédure par laquelle un verdict de culpabilité pourrait être prononcé ou non dans chaque pays. Le sens littéral de l'alinéa 19(2)a.1) ne requiert pas pareille comparaison, laquelle n'est pas conforme non plus à l'économie de la Loi sous le régime de laquelle l'équivalence doit être établie. La Loi ne prévoit pas un nouveau jugement de la cause avec application des règles de preuve canadiennes. Elle ne prévoit pas non plus l'examen de la validité du verdict de culpabilité prononcé dans le pays étranger²³. Il en est ainsi peu importe que l'on invoque la Charte, une loi écrite ou la common law pour faire valoir les normes canadiennes de procédure ou de preuve. Il est bien entendu que littéralement, la Charte ne peut s'appliquer aux institutions publiques de Hong Kong, lesquelles ne sont pas couvertes par son article 32. S'il est indiscutable qu'au Canada les procédures relatives à la *Loi sur l'immigration* doivent se dérouler conformément à la Charte, il est loisible aux tribunaux canadiens de reconnaître ou d'accepter la validité du système juridique d'autres pays abstraction faite de la Charte. C'est ainsi que dans *Canada c. Schmidt*²⁴, la Cour suprême du Canada a, par jugement majoritaire, refusé de dénier l'extradition aux États-Unis malgré l'argument que l'extradition signifierait que l'accusée serait jugée deux fois pour la même infraction, contrairement à la garantie de l'alinéa 11h) de la Charte. Le juge La Forest a tiré à ce propos la conclusion suivante:

... selon moi, il n'est pas injuste de livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée en conformité de son système judiciaire simplement parce que ce dernier diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents. Le processus judiciaire d'un pays étranger ne doit pas être soumis à des évaluations minutieuses en fonction des règles applicables aux voies judiciaires canadiennes. Un système judiciaire n'est pas, par exemple, foncièrement injuste, en fait, sur le plan pratique, il peut être aussi juste que le nôtre, parce qu'il repose sur un mode d'enquête auquel la présomption d'innocence est étrangère ou, d'une manière générale, parce que ses mesures protectrices en

cedural or evidentiary safeguards have none of the rigours of our system.

Two points relevant to our case may be noted. First the Supreme Court here was declining to apply the Charter even though the result of extradition would be to use the Canadian justice system as a means of subjecting a person in Canada (indeed, she was a Canadian citizen) to a potential trial of unknown result in the United States where certain standards imposed here by the Canadian Constitution might not be complied with. That is a more serious matter than the present case where the Canadian legal system is being used to exclude someone from Canada, not for the purpose of turning him over to a foreign government for prosecution, but because by his acts abroad he has demonstrated that he would not be a desirable visitor or resident of Canada. Secondly, the passage quoted clearly recognizes that a foreign legal system lacking the evidentiary safeguards of our system may still in practice be fundamentally just.

matière de procédure ou de preuve n'ont pas la même rigueur que celles de notre système.

On peut dégager deux principes qui ont application en l'espèce. Dans l'affaire susmentionnée, la Cour suprême a refusé d'appliquer la Charte bien que l'extradition signifiait que la justice canadienne avait permis de soumettre une personne se trouvant dans ce pays (en fait elle était citoyenne canadienne) à un procès possible au résultat inconnu aux États-Unis où certaines normes imposées par la Charte dans notre pays ne seraient peut-être pas respectées. Il s'agit là d'une question plus grave encore que celle qui se pose dans l'affaire en instance, où le système juridique canadien est invoqué pour exclure quelqu'un de ce pays, non pas pour le livrer à un pays étranger pour poursuite en justice, mais parce que ses agissements à l'étranger ont démontré qu'il serait indésirable comme visiteur ou résident au Canada. En second lieu, le passage cité reconnaît expressément qu'un système juridique étranger qui ne connaît pas les garanties de notre système en matière de preuves peut toujours être, dans les faits, fondamentalement juste.

26 More recently the Supreme Court of Canada has held the Charter to be irrelevant abroad even where acts by foreign police officers inconsistent with the Charter have yielded evidence for use in a Canadian court. In *R. v. Terry*²⁵ a person wanted in Canada in connection with a murder was arrested in the U.S. by U.S. police on a warrant based on information from Canadian police. He was given the warnings required by U.S. law but was not advised immediately of a right to consult counsel as would have been required by paragraph 10(b) of the Charter had he been arrested in Canada. Nevertheless statements made by him to police, even in the absence of such notification, were held to be admissible at a subsequent trial in Canada. The Court held that the Charter could not govern the conduct of foreign police acting in their own country. The same must surely be true of a foreign court trying a person then subject to its jurisdiction. Also, just as the Supreme Court noted the practical difficulties of applying the Charter to the conduct of a foreign police force,²⁶ I would observe that an adjudicator or a Canadian court would have similar problems in applying the

Plus récemment, la Cour suprême du Canada a jugé que la Charte n'a pas application à l'étranger, dans le cas même où des actes commis par des agents de police étrangers à l'encontre de ce texte ont produit des preuves à administrer devant une juridiction canadienne. Dans *R. c. Terry*²⁵, un individu recherché pour meurtre par les autorités canadiennes a été arrêté aux États-Unis par la police américaine en vertu d'un mandat fondé sur des renseignements émanant de la police canadienne. Il a eu le bénéfice des avertissements donnés conformément à la loi américaine, mais n'a pas été informé sur-le-champ de son droit de consulter un avocat, comme l'aurait requis l'alinéa 10b) de la Charte s'il avait été arrêté au Canada. N'empêche que les déclarations qu'il a fait à la police sans avoir été informé de ce droit, ont été jugées admissibles lors de son procès subséquent au Canada. La Cour a jugé que la Charte ne pouvait régir la conduite d'agents de police étrangers agissant dans leur propre pays. Il doit en être certainement de même d'un tribunal étranger jugeant une personne soumise à sa compétence. De même, tout comme la Cour suprême a noté les difficultés

26

Charter in the present circumstances. For example, even if it could be said that section 24 of the *Prevention of Bribery Ordinance* abridges the right described in paragraph 11(d) of the Charter, how could a Canadian adjudicator or a court assess whether such infringement might be justifiable under section 1 of the Charter given the circumstances of law enforcement in the foreign country?

pratiques d'une application de la Charte à la conduite d'un service de police étranger²⁶, je pense qu'un arbitre ou un tribunal canadien buterait contre le même obstacle pour appliquer la Charte dans l'affaire en instance. Par exemple, à supposer même que l'article 24 de la *Prevention of Bribery Ordinance* restreigne le droit prévu à l'alinéa 11d) de la Charte, comment un arbitre ou un juge canadien pourrait-il examiner si cette restriction serait justifiable au regard de l'article premier de la Charte, vu les mécanismes d'application des lois dans le pays étranger?

27 I therefore conclude that in determining the equivalence of offences for the purposes of subparagraph 19(2)(a.1)(i) an adjudicator should not compare the procedural or evidentiary rules of the two jurisdictions, even if the Canadian rules are mandated by the Charter. Thus questions 3 and 4 should be answered in the negative.

Je conclus donc que pour examiner l'équivalence 27 entre les deux infractions pour l'application du sous-alinéa 19(2)a.1(i), il n'y a pas lieu pour l'arbitre de faire un parallèle entre les règles de preuve ou de procédure applicables dans les deux ressorts respectifs. La réponse aux questions 3 et 4 est donc négative.

Disposition

28 Questions 1 and 2 must therefore be answered as follows:

A comparison of the "essential elements" of the respective offences requires a comparison of the definitions of those offences including defences particular to those offences or those classes of offences.

Décision

La réponse aux questions 1 et 2 doit être la sui- 28 vante:

La comparaison des «éléments essentiels» de l'une et l'autre infractions requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense propres à ces infractions ou aux catégories dont elles relèvent.

Questions 3 and 4 must be answered in the negative. Because the first two questions are so answered and the issue dealt with therein would justify setting aside the deportation order, it should be set aside. The appeal will therefore be allowed and the order entered which the Motions Judge should have entered, namely that the matter be referred back to the Adjudicator for determination on the basis that the appellant Ronald Fook Shiu Li is not a person described in subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act*.

Les questions 3 et 4 appellent une question négative. Vu la suite réservée aux deux premières questions et attendu que le point litigieux qu'elles soulèvent justifie l'annulation de la mesure d'expulsion, celle-ci est annulée. L'appel sera donc accueilli et il est ordonné, ainsi que le juge des requêtes aurait dû le faire, que l'affaire soit renvoyée à l'arbitre pour nouvelle décision par ce motif que l'appelant Ronald Fook Shiu Li n'est pas une personne tombant sous le coup du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*.

29 ROBERTSON J.A.: I agree.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux 29 motifs ci-dessus.

30 CHEVALIER D.J.: I agree.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je souscris aux 30 motifs ci-dessus.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2.

² *Laws of Hong Kong (Revised edition 1987)*, c. 201.

³ R.S.C., 1985, c. C-46.

⁴ A.B., vol. I, at pp. 75-76.

⁵ Which provides as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

⁶ [1981] 2 F.C. 141 (C.A.), at pp. 152-153.

⁷ (1987), 73 N.R. 315 (F.C.A.).

⁸ *Id.*, at p. 318.

⁹ See e.g. *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 487 (C.A.), at p. 493; *Moore v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] F.C.J. No. 34 (C.A.) (QL), at p. 4.

¹⁰ See e.g. *Moore, ibid.*

¹¹ See e.g. Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed., 1985), at pp. 193-195.

¹² *Supra*, note 9.

¹³ *Ibid.*, at p. 493.

¹⁴ See e.g. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed., 1995), at pp. 306-308; *Lilly v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 794, at pp. 798-800.

¹⁵ See Mewett and Manning, *supra*, note 11, at p. 193.

¹⁶ Quoted at note 5, *supra*.

¹⁷ [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 18.

¹⁸ See generally Mewett & Manning on *Criminal Law* (3rd ed., 1994), at p. 355.

¹⁹ See for example, present s. 429(2) of the *Criminal Code* which provides certain defences to a group of offences against property.

²⁰ [1992] 2 S.C.R. 170.

²¹ See e.g. *Hill, supra*, note 7.

²² A.B., vol. I, at p. 77.

²³ *Brannson case, supra*, note 6, at p. 145.

²⁴ [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 522-523.

²⁵ [1996] 2 S.C.R. 207.

²⁶ *Id.*, at pp. 215-217.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2.

² *Laws of Hong Kong (Revised edition 1987)*, ch. 201.

³ L.R.C. (1985), ch. C-46.

⁴ D.A., vol. I, aux p. 75 et 76.

⁵ Voici ce que prévoit cette disposition:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

⁶ [1981] 2 C.F. 141 (C.A.), aux p. 152 et 153.

⁷ (1987), 73 N.R. 315 (C.A.F.).

⁸ *Id.*, à la p. 318.

⁹ Voir par exemple *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 487 (C.A.), à la p. 493; *Moore c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] F.C.J. n° 34 (C.A.) (QL), à la p. 4.

¹⁰ Voir par exemple *Moore, ibid.*

¹¹ Voir par exemple Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd., 1985), aux p. 193 à 195.

¹² *Supra*, note 9.

¹³ *Ibid.*, à la p. 493.

¹⁴ Voir par exemple Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd., 1995), aux p. 306 à 308; *Lilly c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 794, aux p. 798 à 800.

¹⁵ Voir Mewett et Manning, *supra*, note 11, à la p. 193.

¹⁶ Cité dans la note 5, *supra*.

¹⁷ [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 18.

¹⁸ Voir l'exposé du principe général dans Mewett & Manning on *Criminal Law* (3^e éd., 1994), à la p. 355.

¹⁹ Voir par exemple l'art. 429(2) du *Code criminel* qui prévoit certains moyens de défense à l'égard de diverses infractions contre les biens.

²⁰ [1992] 2 R.C.S. 170.

²¹ Voir par exemple *Hill, supra*, note 7.

²² D.A., vol. I, à la p. 77.

²³ Voir l'affaire *Brannson, supra*, note 6, à la p. 145.

²⁴ [1987] 1 R.C.S. 500, aux p. 522 et 523.

²⁵ [1996] 2 R.C.S. 207.

²⁶ *Id.*, aux p. 215 à 217.