

2021 FC 228
IMM-5410-192021 CF 228
IMM-5410-19**Gurminder Singh Toor** (*Applicant*)**Gurminder Singh Toor** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)

IMM-5510-19

IMM-5510-19

Kirandeep Kaur Toor (*Applicant*)**Kirandeep Kaur Toor** (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: TOOR v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)****RÉPERTORIÉ : TOOR c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Roussel J.—Held by videoconference (between Ottawa and Calgary), August 20, 2020; Ottawa, March 16, 2021.

Cour fédérale, juge Roussel — Tenue par vidéoconférence (entre Ottawa et Calgary), 20 août 2020; Ottawa, 16 mars 2021.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision denying applicants' request for adjournment of their admissibility hearing before ID until criminal charges against them determined — Applicants, Indian citizens, husband, wife — Charged with certain offences under Controlled Drugs and Substances Act (CDSA) when entering Canada from United States — Also facing allegations of inadmissibility pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(b) for engaging in transnational crime — During admissibility proceedings, applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing — Applicants submitted in particular that ID's decision unreasonable because violated their right to fair hearing, right against self-incrimination under Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 13 — Contended that ID failed to apply Immigration Division Rules, r. 43(2), unreasonably faulted them for not disclosing evidence they feared would not be protected in criminal proceedings — Whether Court should exercise its discretion to intervene before final decision rendered; whether ID's refusal to adjourn admissibility proceedings reasonable — Present matter one of rare situations where necessary to exercise discretion, intervene before final decision rendered

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesait contre eux soient tranchées — Les demandeurs, des citoyens Indiens, sont mariés — Ils ont été accusés relativement à certaines infractions aux termes de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis — Ils ont fait aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire pour criminalité transnationale au sens de l'art. 37(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience — Ils ont soutenu notamment que la décision de la SI était déraisonnable parce qu'elle portait atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des art. 7 et 13 de la Charte canadienne des droits et libertés — Ils ont affirmé que la SI avait omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des Règles de la Section de l'immigration et avait eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient

— *Right against self-incrimination one of fundamental principles of criminal law; constitutionally entrenched by Charter, ss. 11(c), 13; it enjoys residual protection under Charter, ss. 7, 24 — Use immunity, derivative use immunity constituting procedural safeguards against testimonial self-incrimination created by case law — In present case, applicants not previously testified, not compelled to testify — If their testimony before ID gave rise to incriminating derivative evidence that did not attract immunity at criminal trials, judicial review at end of proceedings would not provide effective remedy as testimony would have already been given — Given uncertainty in case law regarding application of derivative use immunity to applicants if they testified voluntarily at admissibility hearing, finding that judicial review could fail to provide effective remedy, threshold for early intervention met — ID not erring by not considering factors listed in Immigration Division Rules, r. 43(2) — Reasonable for ID to find that potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative, conjectural — Applicants' request based on circumstances that were undefined, speculative — Given this determination, not necessary to determine whether applicants' voluntary testimony would attract protection of derivative use immunity — Furthermore, ID reasonably suggested that applicants request other protective measures that could address their concerns, allow admissibility hearings to proceed in timely manner — Applicants failed to demonstrate that specific procedural mechanisms would not address their concerns of fairness, confidentiality regarding potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify — Applications dismissed.*

These were applications for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board denying the applicants' request for an adjournment of their admissibility hearing before the ID until the criminal charges against them were finally determined. The ID denied their request for an adjournment and issued written reasons thereafter.

pas protégés, craignaient-ils, lors du procès criminel — Il était question de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale ne soit rendue; si le refus de la SI de reporter l'enquête était raisonnable — Il s'agissait de l'une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale ne soit rendue — Le droit de ne pas s'incriminer est l'un des principes fondamentaux du droit criminel; il est reconnu par la Constitution aux art. 11c) et 13 de la Charte, et bénéficie d'une protection résiduelle aux art. 7 et 24 de la Charte — L'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée sont des garanties procédurales contre le témoignage incriminant qui ressortent de la jurisprudence — En l'espèce, les demandeurs n'avaient pas déjà témoigné et n'avaient pas été contraints de témoigner — Si leur témoignage devant la SI créerait une preuve dérivée incriminante à l'égard de laquelle l'immunité ne serait pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l'issue des procédures ne constituerait pas un recours efficace, puisque la déposition aurait déjà été faite — Compte tenu de l'incertitude dans la jurisprudence au regard de l'application de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignaient volontairement lors de l'enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, le critère pour une intervention précoce a été rempli — La SI n'a pas commis d'erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI — Il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale — La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales — Étant donné cette décision, il n'était pas nécessaire d'établir à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée — De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun — Les demandeurs n'ont pas démontré que certains mécanismes procéduraux ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décidaient de témoigner — Demandes rejetées.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesait contre eux soient enfin tranchées. La SI a rejeté leur demande de report et a produit des motifs écrits par la suite.

The applicants are husband and wife, both citizens of India. They were charged with importing cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act* (CDSA) and with possession of cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 5(2) of the CDSA when entering Canada from the United States at a port of entry in Alberta. They were also facing allegations of inadmissibility pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) for engaging in transnational crime. In the course of their admissibility proceedings, the applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing.

The applicants submitted that the ID's decision was unreasonable because it violated their right to a fair hearing and their right against self-incrimination under sections 7 and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They argued that the ID's refusal to adjourn its proceedings placed them in an untenable and unfair position of choosing between testifying voluntarily at the ID hearing, thereby revealing their criminal defence to the Crown and their co-accused (for the male applicant, his wife and for the female applicant, her husband), as well as waiving the Charter protection of derivative use immunity, or remaining silent at their admissibility hearing and thereby, not addressing the allegations made against them. In addition, they contended that the ID failed to apply subsection 43(2) of the *Immigration Division Rules* and unreasonably faulted them for not disclosing the evidence that they feared would not be protected in the criminal proceedings. In response, the respondent submitted that the Court should dismiss the applications for judicial review because they were premature given the interlocutory nature of the ID's decision. In the event the Court was prepared to entertain the applications, the respondent submitted that the ID reasonably concluded that an adjournment was not warranted since the request was based on speculation and issues outside the procedural purview of the ID.

The issues were whether the Court should exercise its discretion to intervene before a final decision was rendered; and whether the ID's refusal to adjourn the admissibility proceedings was reasonable.

Held, the applications should be dismissed.

It is settled case law that absent exceptional circumstances, the courts will not interfere with interlocutory decisions until the ongoing administrative processes have been completed and until all other available effective remedies have been exhausted. While the "exceptional circumstances" exception is

Les demandeurs sont mariés et sont tous deux citoyens de l'Inde. Ils ont été accusés d'importation de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, et de possession de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis à un point d'entrée en Alberta. Ils ont fait aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire au Canada pour s'être livrés à des activités de criminalité transnationale au sens de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience.

Ils ont soutenu que la décision de la SI était déraisonnable parce qu'elle portait atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils ont prétendu que le refus de la SI de reporter l'instance les plaçait dans la situation intenable et inéquitable de choisir entre témoigner volontairement à l'audience devant la SI, et ce faisant révéler leur défense au criminel à la Couronne et à leur co-accusé (pour le demandeur, son épouse, et pour la demanderesse, son époux) tout en renonçant à l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée prévue dans la Charte, ou garder le silence lors de leur enquête et, par conséquent, ne pas répondre aux allégations qui étaient formulées contre eux. De plus, ils ont affirmé que la SI avait omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l'immigration* et avait eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient pas protégés, craignaient-ils, lors du procès criminel. Pour sa part, le défendeur a soutenu que la Cour devrait rejeter les demandes de contrôle judiciaire parce qu'elles étaient prématurées en raison de la nature interlocutoire de la décision de la SI. Il a affirmé que, si la Cour était disposée à accueillir les demandes, la SI a raisonnablement conclu qu'un report n'était pas justifié étant donné que la requête reposait sur des hypothèses et des préoccupations qui n'étaient pas de son ressort procédural.

Il s'agissait de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale soit rendue et si le refus de la SI de reporter l'enquête était raisonnable.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Il est de jurisprudence constante que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent pas intervenir à l'égard des décisions interlocutoires tant que les processus administratifs en cours n'ont pas été menés à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés.

very narrow and concerns of procedural fairness do not usually meet the requisite threshold, this was one of those rare situations where it was necessary to exercise discretion and intervene before a final decision had been rendered. The right against self-incrimination is one of the fundamental principles of criminal law. It is constitutionally entrenched by paragraph 11(c) and section 13 of the Charter and it enjoys residual protection under sections 7 and 24 of the Charter. It is also protected by section 5 of the *Canada Evidence Act* (CEA). Some of the procedural safeguards against testimonial self-incrimination that have emerged in case law include use immunity and derivative use immunity. Use immunity, under section 5 of the CEA and section 13 of the Charter, serves to protect the individual from having compelled incriminating testimony used directly against him or her in a subsequent proceeding. Derivative use immunity is available under the residual protection of section 7 of the Charter and “insulates the individual from having the compelled incriminating testimony used to obtain other evidence, unless that evidence is discoverable through alternative means”. Derivative evidence has been defined as evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the witness’s testimony. In this case, the applicants did not previously testify and were not compelled to testify. If their testimony before the ID gave rise to incriminating derivative evidence that did not attract immunity at the criminal trials, judicial review at the end of the proceedings would not provide an effective remedy as the testimony would have already been given. This was so regardless of the outcome in the admissibility proceedings. The applicants would be denied the very remedy they were seeking, namely the right not to disclose that evidence to the Crown or the co-accused. Given the uncertainty in the case law regarding the application of derivative use immunity to the applicants if they testified voluntarily at their admissibility hearing and the finding that judicial review at the end of the proceedings could fail to provide an effective remedy, the threshold for early intervention was met.

The ID did not err by not considering the factors listed in subsection 43(2) of the ID Rules, a provision that governs “application[s] to change the date or time of a hearing”. When the applicants made their request for an adjournment, the hearing date and time were not set. Their request was made in the context of scheduling the date for the hearing. There was no hearing date to change. Even if the ID was required to consider the factors set out in subsection 43(2) of the ID Rules, the ID

Malgré la portée étroite de l’exception relative aux « circonstances exceptionnelles » et le fait que les préoccupations soulevées quant à l’équité procédurale ne répondent normalement pas au critère qui s’applique, il s’agissait de l’une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’intervenir avant qu’une décision finale ne soit rendue. Le droit de ne pas s’incriminer est l’un des principes fondamentaux du droit criminel. Il est reconnu par la Constitution à l’alinéa 11c) et à l’article 13 de la Charte, et bénéficie d’une protection résiduelle aux articles 7 et 24 de la Charte. Il est aussi protégé par l’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Certaines des garanties procédurales contre le témoignage incriminant ressortent de la jurisprudence, dont l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée. L’immunité contre l’utilisation de la preuve, aux termes de l’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l’article 13 de la Charte, empêche que le témoignage incriminant qu’un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure. L’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée peut être accordée au titre de la protection résiduelle prévue à l’article 7 de la Charte et « empêche que le témoignage incriminant qu’un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d’autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d’autres moyens ». La preuve dérivée s’entend de la preuve qui n’aurait pas pu être obtenue, ou dont on n’aurait pas pu apprécier l’importance, n’eût été le témoignage d’une personne. En l’espèce, les demandeurs n’avaient pas déjà témoigné et n’avaient pas été contraints de témoigner. Si leur témoignage devant la SI créait une preuve dérivée incriminante à l’égard de laquelle l’immunité ne serait pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l’issue des procédures ne constituerait pas un recours efficace puisque la déposition aurait déjà été faite. Il en était ainsi, peu importe l’issue de l’enquête. Les demandeurs se verraient refuser le recours même qu’ils réclamaient, soit le droit de ne pas communiquer cette preuve à la Couronne ou à leur co-accusé. Compte tenu de l’incertitude dans la jurisprudence au regard de l’application de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignaient volontairement lors de l’enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, le critère pour une intervention précoce était rempli.

La SI n’a pas commis d’erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI, une disposition qui régit les « demande[s] de changement de la date ou de l’heure d’une audience ». Lorsque les demandeurs ont présenté leur requête en ajournement, la date et l’heure de l’audience n’étaient pas fixées. La requête a été présentée dans le contexte du choix de la date de l’audience. Il n’y avait pas de date d’audience à changer. Même si la SI était tenue

could not be faulted for not specifically addressing the factors that the applicants did not themselves rely on to request the adjournment. Moreover, since there is no absolute protection against self-incrimination, it was incumbent on the applicants to demonstrate that the continuation of the admissibility proceedings would prejudicially affect their right to a fair hearing and their right against self-incrimination. In this case, the applicants did not articulate before the ID the nature of the evidence they may have to give in order to avoid being found inadmissible, nor did they explain how that evidence could assist the Crown in the criminal proceedings. Not all derivative evidence is necessarily incriminating. The evidentiary disclosure in the criminal proceedings was also incomplete. It was reasonable for the ID to find that the potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative and conjectural. The applicants' request was based on a set of circumstances that were both undefined and speculative. Vague allegations are not enough. Given this determination, it was not necessary to determine at that point whether the applicants' voluntary testimony would attract the protection of derivative use immunity. Furthermore, the ID reasonably suggested that the applicants request other protective measures that could address their concerns and allow the admissibility hearings to proceed in a timely manner. The applicants failed to demonstrate that procedural mechanisms such as subsection 44(2) of the Rules or subparagraph 166(b)(ii) of the IRPA would not address their concerns of fairness and confidentiality regarding the potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify.

In conclusion, the applicants failed to establish that in refusing their request for an adjournment of the admissibility hearing, the ID unreasonably placed them in a position that compromised their sections 7 and 13 Charter rights to a fair hearing and their right against self-incrimination or breached their rights to procedural fairness or natural justice.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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. 7, 11(c), 13, 24.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 6(1).

de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI, on ne pouvait pas lui reprocher d'avoir omis d'analyser expressément les facteurs que les demandeurs eux-mêmes n'avaient pas invoqués pour demander l'ajournement. De plus, étant donné qu'il n'existe pas de protection absolue contre l'auto-incrimination, il incombait aux demandeurs de démontrer que la continuation des enquêtes pourrait porter préjudice à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination. En l'espèce, les demandeurs n'ont pas précisé la nature de la preuve qu'ils pourraient être appelés à donner pour éviter d'être déclarés interdits de territoire devant la SI, et ils n'ont pas expliqué non plus en quoi cette preuve pourrait aider la Couronne dans les poursuites criminelles. La preuve dérivée n'est pas toujours nécessairement incriminante. La communication de la preuve dans les instances criminelles n'était pas terminée non plus. Il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale. La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales. Les allégations vagues ne sont pas suffisantes. Étant donné cette décision, il n'était pas nécessaire d'établir à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun. Les demandeurs n'ont pas démontré que des mécanismes procéduraux comme celui qui est prévu au paragraphe 44(2) des Règles de la SI ou au sous-alinéa 166b)(ii) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décidaient de témoigner.

Enfin, les demandeurs n'ont pas établi qu'en rejetant leur requête en ajournement de l'enquête, la SI les avait de manière déraisonnable placés dans une situation qui portait atteinte à leurs droits à une audience équitable et à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la Charte ou qu'elle a manqué à leurs droits à l'équité procédurale ou à la justice naturelle.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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. 7, 11(c), 13, 24.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 6(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(a),(f), 37(1)(b), 166(b)(ii).
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, rr. 43(2), 44(2).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 31.04(2).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)a),f), 37(1)b), 166b)(ii).
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, règles 43(2), 44(2).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 31.04(2).

CASES CITED

APPLIED:

C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency), 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121.

DISTINGUISHED:

Wang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2017 FC 690; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311.

CONSIDERED:

Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re), 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Seth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 348, (1993), 105 D.L.R. (4th) 365 (C.A.).

REFERRED TO:

Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission), 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Constantinescu v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 315; *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 264; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165; *Forner v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2016 FCA 35, 481 N.R. 159; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467; *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation*, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217; *Girouard v. Inquiry Committee Constituted Under the Procedures for Dealing With Complaints Made to the Canadian Judicial Council About Federally Appointed Judges*, 2014 FC 1175; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Handasamy v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1389, 48 Imm. L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers), 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Wang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CF 690; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Seth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 348 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission), 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Constantinescu c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 315; *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 264; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241; *Forner c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2016 CAF 35; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467; *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217; *Girouard c. Comité d'examen constitué en vertu des procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale*, 2014 CF 1175; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Handasamy c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1389; *Bruzzese c. Canada (Sécurité publique*

(4th) 268; *Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1119, [2017] 3 F.C.R. 272; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193; *Akinsuyi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 139; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199; *Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Liyagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.).

APPLICATIONS for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board denying the applicants' request for an adjournment of their admissibility hearing before the ID until the criminal charges against the applicants were finally determined. Applications dismissed.

APPEARANCES

Michael Greene, Q.C., for applicant Kirandeep Kaur Toor.
David Matas for applicant Garminder Singh Toor.
Galina Bining for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Sherritt Greene, Calgary, for applicant Kirandeep Kaur Toor.
David Matas, Winnipeg, for applicant Garminder Singh Toor.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

et Protection civile), 2016 CF 1119, [2017] 3 R.C.F. 272; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Akinsuyi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1397; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178; *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89; *Liyagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.).

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesaient contre eux soient enfin tranchées. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Michael Greene, c.r., pour la demanderesse Kirandeep Kaur Toor.
David Matas pour le demandeur Garminder Singh Toor.
Galina Bining, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sherritt Greene, Calgary, pour la demanderesse Kirandeep Kaur Toor.
David Matas, Winnipeg, pour le demandeur Garminder Singh Toor.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

ROUSSEL J.:

I. Overview

[1] The applicants are husband and wife, both citizens of India. In December 2017, they were charged with importing cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (CDSA), and with possession of cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 5(2) of the CDSA, when entering Canada from the United States at a port of entry in Alberta. They are also facing allegations of inadmissibility pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) for engaging in transnational crime.

[2] In the course of their admissibility proceedings, the applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing before the Immigration Division (ID) until the criminal charges against them were finally determined.

[3] On August 29, 2019, the ID denied their request for an adjournment and issued written reasons on September 3, 2019. The applicants seek judicial review of that decision.

[4] While articulated differently, the applicants submit that the ID's decision is unreasonable because it violates their right to a fair hearing and their right against self-incrimination under sections 7 and 13 of 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] (Charter). They argue that the ID's refusal to adjourn its proceedings places them in an untenable and unfair position of choosing between testifying voluntarily at the ID hearing, thereby revealing their criminal defence to the Crown and their co-accused (for the male applicant, his wife and for the female applicant, her husband), as well as waiving the Charter protection of derivative

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

LA JUGE ROUSSEL :

I. Aperçu

[1] Les demandeurs sont mariés et sont tous deux citoyens de l'Inde. En décembre 2017, ils ont été accusés d'importation de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la LRCIDAS), et de possession de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 5(2) de la LRCIDAS, lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis à un point d'entrée en Alberta. Ils font aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire au Canada pour s'être livrés à des activités de criminalité transnationale au sens de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience devant la Section de l'immigration (la SI) jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pèsent contre eux soient enfin tranchées.

[3] La SI a rejeté leur demande de report le 29 août 2019, et a produit des motifs écrits le 3 septembre 2019. Les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire de cette décision.

[4] Quoiqu'en d'autres termes, les demandeurs soutiennent que la décision de la SI est déraisonnable parce qu'elle porte atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 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] (la Charte). Ils prétendent que le refus de la SI de reporter l'instance les place dans la situation intenable et inéquitable de choisir entre témoigner volontairement à l'audience devant la SI, et ce faisant révéler leur défense au criminel à la Couronne et à leur co-accusé (pour le demandeur, son épouse, et pour la demanderesse, son époux)

use immunity, or remaining silent at their admissibility hearing and thereby, not addressing the allegations made against them. In addition, they contend that the ID failed to apply subsection 43(2) of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 (ID Rules) and unreasonably faulted them for not disclosing the evidence that they fear would not be protected in the criminal proceedings.

[5] In response, the respondent submits that the Court should dismiss the applications for judicial review because they are premature given the interlocutory nature of the ID's decision. In the event the Court is prepared to entertain the applications, the respondent submits that the ID reasonably concluded that an adjournment was not warranted since the request was based on speculation and issues outside the procedural purview of the ID.

II. Analysis

A. *Prematurity*

[6] It is settled case law that absent exceptional circumstances, the courts will not interfere with interlocutory decisions until the ongoing administrative processes have been completed and until all other available effective remedies have been exhausted. This rule has been described in a number of ways, including the doctrine of exhaustion, the doctrine of adequate alternative remedies, the doctrine against fragmentation or bifurcation of administrative proceedings, the rule against interlocutory judicial reviews and the objection against premature judicial reviews (*C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 (*C.B. Powell*), at paragraphs 30–32). The underlying purpose of this rule is to prevent fragmentation of the administrative process and to reduce the large costs and delays associated with premature court challenges, particularly where the party may ultimately be successful at the conclusion of the administrative process (*C.B. Powell*, at paragraph 32).

tout en renonçant à l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée prévue dans la Charte, ou garder le silence lors de leur enquête et, par conséquent, ne pas répondre aux allégations qui sont formulées contre eux. De plus, ils affirment que la SI a omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229 (Règles de la SI) et a eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient pas protégés, craignent-ils, lors du procès criminel.

[5] Pour sa part, le défendeur soutient que la Cour devrait rejeter les demandes de contrôle judiciaire parce qu'elles sont prématurées en raison de la nature interlocutoire de la décision de la SI. Il affirme que, si la Cour est disposée à accueillir les demandes, la SI a raisonnablement conclu qu'un report n'était pas justifié étant donné que la requête reposait sur des hypothèses et des préoccupations qui ne sont pas de son ressort procédural.

II. Analyse

A. *Prématurité*

[6] Il est de jurisprudence constante que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent pas intervenir à l'égard des décisions interlocutoires tant que les processus administratifs en cours n'ont pas été menés à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés. Cette règle a de multiples appellations, dont la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine des autres voies de recours adéquates, la doctrine interdisant le fractionnement ou la division des procédures administratives, le principe interdisant le contrôle judiciaire interlocutoire et l'objection contre le contrôle judiciaire prématuré (*C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332 (*C.B. Powell*), aux paragraphes 30 à 32). Elle vise à éviter le fractionnement du processus administratif et le morcellement du processus judiciaire et à réduire les coûts élevés et les retards importants entraînés par un recours prématuré aux tribunaux, particulièrement lorsque la partie est de toute façon susceptible d'obtenir gain de cause au terme du processus administratif (*CB Powell*, au paragraphe 32).

[7] It is also well-established that very few circumstances qualify as exceptional and that the threshold for exceptionality is high (*C.B. Powell*, at paragraph 33). The presence of an important jurisdictional or constitutional issue, or concerns about procedural fairness, do not constitute exceptional circumstances (*C.B. Powell*, at paragraphs 33, 39–40 and 45).

[8] These principles were reiterated by the Supreme Court of Canada in *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at paragraphs 35 to 38 and in several subsequent decisions of both the Federal Court of Appeal and this Court (*Constantinescu v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 315, at paragraph 2; *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 264, at paragraphs 2–3; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165, at paragraphs 47–50, and 53; *Forner v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2016 FCA 35, 481 N.R. 159, at paragraphs 13–16; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467, at paragraphs 28–34; *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation*, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217, at paragraphs 16–18; *Wang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 690 (*Wang*), at paragraphs 12–13 and 16; *Girouard v. Inquiry Committee Constituted Under the Procedures for Dealing With Complaints Made to the Canadian Judicial Council About Federally Appointed Judges*, 2014 FC 1175, at paragraphs 18–19; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911, at paragraph 128).

[9] While I recognize the narrowness of the “exceptional circumstances” exception and that concerns of procedural fairness do not usually meet the requisite threshold, I find that this is one of those rare situations where the Court should exercise its discretion to intervene before a final decision has been rendered.

[7] Il est aussi reconnu que très peu de circonstances peuvent être qualifiées d’exceptionnelles et que le critère minimal permettant de qualifier des circonstances exceptionnelles est élevé (*CB Powell*, au paragraphe 33). L’existence d’une question juridique ou constitutionnelle importante, ou de préoccupations soulevées au sujet de l’équité procédurale, ne constituent pas des circonstances exceptionnelles (*CB Powell*, aux paragraphes 33, 39, 40 et 45).

[8] Ces principes ont été réitérés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, aux paragraphes 35 à 38 et dans plusieurs autres arrêts et décisions subséquents de la Cour d’appel fédérale et de la Cour (*Constantinescu c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 315, au paragraphe 2; *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 264, aux paragraphes 2 et 3; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241, aux paragraphes 47 à 50 et 53; *Forner c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2016 CAF 35, aux paragraphes 13 à 16; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467, aux paragraphes 28 à 34; *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217, aux paragraphes 16 à 18; *Wang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 690 (*Wang*), aux paragraphes 12, 13 et 16; *Girouard c. Comité d’examen constitué en vertu des procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale*, 2014 CF 1175, aux paragraphes 18 et 19; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911, au paragraphe 128).

[9] Bien que je reconnaisse la portée étroite de l’exception relative aux « circonstances exceptionnelles » et le fait que les préoccupations soulevées quant à l’équité procédurale ne répondent normalement pas au critère qui s’applique, j’estime qu’il s’agit de l’une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’intervenir avant qu’une décision finale ne soit rendue.

[10] The right against self-incrimination is one of the fundamental principles of criminal law (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 (*Henry*), at paragraph 2; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 (*Application s. 83.28*), at paragraph 70). It is constitutionally entrenched by paragraph 11(c) and section 13 of the Charter and it enjoys residual protection under sections 7 and 24 of the Charter. It is also protected by section 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[11] Some of the procedural safeguards against testimonial self-incrimination that have emerged in the jurisprudence include use immunity and derivative use immunity. Use immunity, under section 5 of the CEA and section 13 of the Charter, serves to protect the individual from having compelled incriminating testimony used directly against him or her in a subsequent proceeding (*Application s. 83.28*, at paragraph 71).

[12] Section 5 of the CEA reads:

Incriminating questions

5 (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

Answer not admissible against witness

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

[10] Le droit de ne pas s'incriminer est l'un des principes fondamentaux du droit criminel (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 (*Henry*), au paragraphe 2; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 (*Demande fondée sur l'art. 83.28*), au paragraphe 70). Il est reconnu par la Constitution à l'alinéa 11c) et à l'article 13 de la Charte, et bénéficie d'une protection résiduelle aux articles 7 et 24 de la Charte. Il est aussi protégé par l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[11] Certaines des garanties procédurales contre le témoignage incriminant ressortent de la jurisprudence, dont l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. L'immunité contre l'utilisation de la preuve, aux termes de l'article 5 de la LPC et de l'article 13 de la Charte, empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure (*Demande fondée sur l'art. 83.28*, au paragraphe 71).

[12] L'article 5 de la LPC est ainsi libellé :

Questions incriminantes

5 (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

Réponse non admissible contre le témoin

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

[13] Section 13 of the Charter states:

Self-crimination

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[14] Derivative use immunity is available under the residual protection of section 7 of the Charter and “insulates the individual from having the compelled incriminating testimony used to obtain other evidence, unless that evidence is discoverable through alternative means” (*Application s. 83.28*, at paragraph 71). Derivative evidence has been defined as evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the witness’s testimony (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at page 454, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589).

[15] The applicants submit that while they may enjoy the protection of use immunity under the CEA and section 13 of the Charter, in order for them to receive the benefit of derivative use immunity, they must be compelled to testify before the ID. If the Minister considers he can establish his case without the benefit of the applicants’ testimony and does not compel them to testify, they will be placed in an impossible situation. If they choose to testify in order to exonerate themselves through their testimony, they will lose the benefit of derivative use immunity. If they choose not to testify, they risk being found inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA. Moreover, as they are both involved in the immigration and criminal proceedings, if the husband chooses to testify, the waiver of derivative use immunity would also mean that any evidence he gives could be used against his wife in the criminal trial and the same is true if the wife chooses to testify. The applicants argue that forcing them to reveal their legal defence to the criminal charges to the Crown and the other co-accused spouse would compromise their right to a fair trial.

[13] L’article 13 de la Charte est ainsi libellé :

Témoignage incriminant

13. Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[14] L’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée peut être accordée au titre de la protection résiduelle prévue à l’article 7 de la Charte et « empêche que le témoignage incriminant qu’un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d’autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d’autres moyens » (*Demande fondée sur l’art. 83.28*, au paragraphe 71). La preuve dérivée s’entend de la preuve qui n’aurait pas pu être obtenue, ou dont on n’aurait pas pu apprécier l’importance, n’eût été le témoignage d’une personne (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la page 454).

[15] Les demandeurs affirment que, même s’ils bénéficient de l’immunité contre l’utilisation de la preuve au titre de la LPC et de l’article 13 de la Charte, pour se prévaloir de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, ils doivent être contraints de témoigner devant la SI. Si le ministre estime qu’il peut établir le bien-fondé de sa cause sans le témoignage des demandeurs et ne les contraint pas de témoigner, ceux-ci se trouveront dans une situation impossible. Si les demandeurs décident de témoigner afin de s’exonérer avec leur témoignage, ils perdront l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée. S’ils décident de ne pas témoigner, ils risquent d’être déclarés interdits de territoire aux termes de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR. De plus, comme ils sont tous les deux concernés dans les procédures en immigration et criminelles, si l’époux décide de témoigner, en renonçant à l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, les éléments de preuve qu’il livrerait pourraient être utilisés contre son épouse dans l’instance criminelle, et il en irait de même pour lui si l’épouse décidait de témoigner. Les demandeurs soutiennent que le fait de les forcer à dévoiler leur défense contre les accusations criminelles à la Couronne et à l’autre époux co-accusé compromettrait leur droit à un procès équitable.

[16] The applicants further argue that the evidence gathered as a result of a witness's testimony—derivative evidence—is not guaranteed to be excluded from a subsequent criminal proceeding and is left to the discretion of the trial judge. The burden is on the accused to demonstrate that the proposed evidence is derivative evidence deserving of immunity protection. The exclusion of derivative evidence can only arise when a witness is compelled to testify, not when he or she chooses to testify.

[17] Relying on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Henry and R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311 (*Nedelcu*), the respondent argues that evidence given, even voluntarily in a proceeding where a witness was compellable, though not actually compelled, is protected by the Charter against self-incrimination. The test is whether the applicants can be compelled and whether they feel compelled to testify. There is no dispute that the applicants can be compelled to testify before the ID and that they feel they must testify to have any chance of not being found inadmissible. In the respondent's view, the test is satisfied and the applicants' testimony would be protected, as would their evidence against the other spouse under section 13 of the Charter. The respondent submits that the fact that the applicants do not trust the criminal court to enforce their Charter protected rights is not sufficient to delay the ID hearing indefinitely. In any event, the ID is not responsible for the procedural protections afforded by the law in criminal prosecutions. It must only concern itself with respect to the procedural fairness rights of the applicants in their admissibility hearing. Any argument regarding breaches of the Charter should be made in the criminal trial.

[18] After reviewing the jurisprudence on the procedural safeguards against testimonial self-incrimination, and in particular, the *Henry* and *Nedelcu* decisions, I am not persuaded by the respondent's argument that the applicants' voluntary testimony at their admissibility hearing would constitute "compelled" testimony for the purpose of claiming derivative use immunity at their criminal trial.

[16] De plus, les demandeurs affirment que l'exclusion des éléments de preuve obtenus grâce au témoignage d'une personne — la preuve dérivée — dans une instance criminelle subséquente n'est pas assurée et est laissée à la discrétion du juge de première instance. Il incombe à l'accusé de démontrer que la preuve proposée est dérivée et justifie l'immunité. Une preuve dérivée ne peut être exclue que lorsqu'une personne est contrainte de témoigner, et non pas lorsqu'elle décide de témoigner.

[17] Invoquant les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Henry et R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311 (*Nedelcu*), le défendeur soutient que les éléments de preuve fournis, même librement dans une instance où une personne pouvait être contrainte de témoigner, même si elle n'avait pas été contrainte, sont protégés par la Charte contre l'auto-incrimination. Le critère qui s'applique est celui de savoir si les demandeurs peuvent être contraints et s'ils s'estiment contraints de témoigner. Nul ne conteste que les demandeurs peuvent être contraints de témoigner devant la SI et qu'ils croient qu'ils doivent témoigner pour avoir la moindre chance de ne pas être déclarés interdits de territoire. Le défendeur estime que le critère est rempli et que le témoignage des demandeurs serait protégé, comme le seraient les éléments de preuve donnés contre l'autre époux aux termes de l'article 13 de la Charte. Il prétend que le fait que les demandeurs doutent que le tribunal pénal respectera leurs droits protégés par la Charte ne suffit pas pour retarder l'audience devant la SI indéfiniment. Quoi qu'il en soit, la SI n'est pas responsable des protections procédurales accordées par la loi dans les poursuites criminelles. Elle ne doit s'intéresser qu'au respect des droits à l'équité procédurale des demandeurs lors de leur enquête. Tout argument sur des manquements au respect de la Charte devrait être présenté lors du procès criminel.

[18] Après avoir examiné la jurisprudence sur les protections procédurales contre les témoignages incriminants, et, particulièrement, les arrêts *Henry* et *Nedelcu*, je ne suis pas convaincue par l'argument du défendeur selon lequel le témoignage volontaire des demandeurs lors de leur enquête constituerait un témoignage « forcé » quand il s'agit de réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée lors de leur procès criminel.

[19] In *Henry*, the appellants, who had testified in their first trial, had told a different story under oath in their retrial on the same charge of first-degree murder. At the retrial, they were cross-examined on their prior inconsistent statements and were again convicted of first-degree murder. They appealed on the basis that the use of their prior statements violated their constitutional right against self-incrimination guaranteed by section 13 of the Charter.

[20] In his reasons, Binnie J. noted that section 13 of the Charter embodies a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony (*Henry*, at paragraph 22, quoting from *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at paragraph 21). He found that accused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge were in no need of protection from being indirectly compelled to incriminate themselves and section 13 protection should not be available to them (*Henry*, at paragraphs 43 and 47). The source of the *quid pro quo* was missing (*Henry*, at paragraph 42). He concluded that the appellants' section 13 Charter rights were not violated by the Crown's cross-examination.

[21] In *Nedelcu*, the issue was whether the Crown could cross-examine the respondent at his criminal trial on statements he had made during discovery in a civil action without infringing his rights against self-incrimination. The Crown contended that the decision in *Henry* should not apply, because the accused's civil discovery evidence was not "compelled" within the meaning of *Henry*.

[22] The Court held that the respondent was "statutorily compellable, and therefore 'compelled'" to give

[19] Dans l'arrêt *Henry*, les appelants, qui avaient témoigné à leur premier procès, ont donné à leur nouveau procès une version des faits différente sous serment de celle qu'ils avaient présentée pour la même accusation de meurtre au premier degré. À leur nouveau procès, le ministère public les a contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles et ils ont été à nouveau déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils ont interjeté appel au motif que cette utilisation de leurs déclarations antérieures contrevenait à leur droit constitutionnel à ne pas s'incriminer garanti par l'article 13 de la Charte.

[20] Dans ses motifs, le juge Binnie a souligné que l'article 13 de la Charte établissait une contrepartie : lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère : (*Henry*, au paragraphe 22, citant l'arrêt *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, au paragraphe 21). Il a estimé que les accusés qui avaient témoigné à leur premier procès et qui avaient décidé de témoigner à leur nouveau procès en donnant une version incompatible avec la première relativement à la même accusation n'avaient pas besoin d'être protégés contre l'obligation indirecte de s'incriminer, et qu'ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l'article 13 (*Henry*, aux paragraphes 43 et 47). La contrainte à l'origine de la contrepartie n'existait pas (*Henry*, au paragraphe 42). Le juge Binnie a conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits prévus à l'article 13 de la Charte des appelants pendant le contre-interrogatoire par la Couronne.

[21] Dans l'arrêt *Nedelcu*, la question en litige était celle de savoir si la Couronne pouvait contre-interroger l'accusé à son procès criminel à l'égard de déclarations qu'il avait faites lors de l'interrogatoire préalable dans une instance civile sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. La Couronne a prétendu que l'arrêt *Henry* ne devrait pas s'appliquer parce que la preuve donnée par l'accusé à l'interrogatoire préalable dans le cadre de l'instance civile n'était pas « forcée » au sens de l'arrêt *Henry*.

[22] La Cour a statué que le défendeur était « un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un

evidence by virtue of subsection 31.04(2) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, which compels a defendant in a civil action to be examined for discovery whether or not the defendant files a statement of defence (*Nedelcu*, at paragraphs 1 and 109).

[23] Neither case mentions derivative use immunity nor is it unequivocal that *Nedelcu* intended to equate “compellable” with “compelled” in all circumstances.

[24] The circumstances here are also distinguishable from those in *Wang*, where I dismissed the application for judicial review because of prematurity. In that case, the applicant had sought judicial review of the Immigration Appeal Division (IAD)’s interlocutory order compelling him to testify. The ID had previously found the applicant not inadmissible to Canada under paragraphs 34(1)(a) and 34(1)(f) of the IRPA. The Minister appealed the ID’s decision to the IAD and sought to call the applicant as a witness. The applicant declined to testify but was ordered by summons to testify. The applicant contended that compelling him to testify engaged his right to liberty under section 7 of the Charter and that if he was compelled to testify for the purpose of testing his credibility before the IAD, the damage would be done and could not be corrected afterwards.

[25] In my reasons, I noted that it was not “a case in which once the evidence is disclosed, it cannot be taken back” (*Wang*, at paragraph 19). The applicant had testified over a period of two days before the ID during which he had communicated extensive details of his life and spoken to his alleged involvement with foreign intelligence and security agencies. I was not persuaded that any potential damage that could result from him testifying before the IAD would be such that it would be so fundamentally unfair not to decide the issue of his compellability at that stage of the IAD’s proceedings (*Wang*, at paragraphs 19–20).

témoin “forcé” » à témoigner en vertu du paragraphe 31.04(2) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui oblige un défendeur dans un litige civil à se soumettre à un interrogatoire préalable qu’il ait ou non remis sa défense (*Nedelcu*, aux paragraphes 1 et 109).

[23] Aucune de ces affaires ne mentionne l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, ni n’affirme de façon non équivoque que l’arrêt *Nedelcu* visait à faire rimer « contraignable » avec « forcé » dans toutes les circonstances.

[24] Les circonstances en l’espèce sont aussi différentes de celles de la décision *Wang*, dans laquelle j’avais rejeté la demande de contrôle judiciaire en raison de son caractère prématuré. Dans cette affaire, le demandeur demandait le contrôle judiciaire de l’ordonnance interlocutoire de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) le contraignant de témoigner. La SI avait auparavant conclu que le demandeur n’était pas interdit de territoire au Canada au titre des alinéas 34(1)a) et 34(1)f) de la LIPR. Le ministre a interjeté appel de la décision de la SI devant la SAI et a voulu appeler le demandeur à témoigner à l’audience. Le demandeur a refusé de témoigner, mais il a été convoqué pour témoigner. Il a fait valoir que l’obligation de témoigner mettait en cause son droit à la liberté garanti par l’article 7 de la Charte et que s’il était contraint de témoigner afin que sa crédibilité soit mise à l’épreuve devant la SAI, il subirait un préjudice qui ne pourrait pas être corrigé par la suite.

[25] Dans mes motifs, j’ai écrit qu’il ne s’agissait pas « d’une affaire dans laquelle on ne saurait faire fi d’une déposition une fois qu’elle [a été] faite » (*Wang*, au paragraphe 19). Le demandeur a témoigné dans le cadre d’une audience de deux jours devant la SI lors de laquelle il avait révélé de nombreux détails sur sa vie et avait parlé de sa collaboration présumée avec des organismes étrangers du renseignement et de la sécurité. Il ne m’avait pas convaincu que le préjudice susceptible d’être causé par son témoignage devant la SAI serait de telle nature que le refus de trancher la question de la contraignabilité à cette étape des procédures de la SAI serait fondamentalement inéquitable (*Wang*, aux paragraphes 19 et 20).

[26] Unlike in *Wang*, the applicants here have not previously testified and they have not been compelled to testify. If their testimony before the ID gives rise to incriminating derivative evidence that does not attract immunity at the criminal trials, judicial review at the end of the proceedings will not provide an effective remedy as the testimony will have already been given. This is so regardless of the outcome in the admissibility proceedings. The applicants would be denied the very remedy they seek, namely the right not to disclose that evidence to the Crown or the co-accused.

[27] I note that in *Seth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 348, (1993), 105 D.L.R. (4th) 365 (C.A.), upon which the ID relied, the Federal Court of Appeal mentioned in footnote No. 13 that it was disposed, for the sake of argument and without reaching a final conclusion on the point, to recognize that a Convention refugee claimant could be equated with a “compellable witness”. It noted that although not bound to testify personally at the hearing, the refugee claimant could not be successful in his claim unless he met his burden and tendered sworn documentary evidence in support of his claim respecting his personal history.

[28] This reasoning does not necessarily apply here. In order to obtain a deportation order against the applicants, the Minister must first establish the elements of inadmissibility under paragraph 37(1)(b) of the IRPA (*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at paragraph 72; *Handasamy v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1389, 48 Imm. L.R. (4th) 268, at paragraph 40). If the Minister were to adduce insufficient evidence to that effect, the applicants could choose to remain silent.

[29] Given the uncertainty in the case law regarding the application of derivative use immunity to the applicants if they testify voluntarily at their admissibility hearing and my finding that judicial review at the end of the proceedings could fail to provide an effective remedy, I am satisfied that the threshold for early intervention is met.

[26] Contrairement à la décision *Wang*, les demandeurs en l’espèce n’ont pas déjà témoigné et n’ont pas été contraints de témoigner. Si leur témoignage devant la SI crée une preuve dérivée incriminante à l’égard de laquelle l’immunité ne sera pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l’issue des procédures ne constituera pas un recours efficace puisque la déposition aura déjà été faite. Il en est ainsi, peu importe l’issue de l’enquête. Les demandeurs se verraient refuser le recours même qu’ils réclament, soit le droit de ne pas communiquer cette preuve à la Couronne ou à leur co-accusé.

[27] Je relève que dans l’arrêt *Seth c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 3 C.F. 348 (C.A.), invoqué par la SI, la Cour d’appel fédérale a mentionné à la note de bas de page n° 13 qu’elle voulait bien, aux fins de la discussion et sans tirer sur ce point une conclusion finale, reconnaître que le demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention pouvait se comparer à un « témoin contraignable ». Elle a souligné que, bien que le demandeur de statut de réfugié ne fût pas tenu de témoigner personnellement à son audition, sa demande ne pouvait être accueillie que s’il s’acquittait de son obligation et que s’il produisait une preuve documentaire, donnée sous serment à l’appui de sa revendication, relativement à ses antécédents.

[28] Ce raisonnement ne s’applique pas nécessairement en l’espèce. Pour obtenir une mesure d’expulsion à l’encontre des demandeurs, le ministre doit d’abord établir les éléments d’interdiction de territoire aux termes de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR (*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, au paragraphe 72; *Handasamy c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1389, au paragraphe 40). Si la preuve produite par le ministre à cet égard était insuffisante, les demandeurs pourraient choisir de garder le silence.

[29] Compte tenu de l’incertitude dans la jurisprudence au regard de l’application de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignent volontairement lors de l’enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, je suis convaincue que le critère pour une intervention précoce est rempli.

B. *The ID's refusal to adjourn the admissibility proceedings*

[30] Citing *Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1119, [2017] 3 F.C.R. 272 and *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193, the ID noted that there was no dispute that the applicants are compellable witnesses at their admissibility hearing. If the applicants were compelled to give testimony at their admissibility hearing, the compelled testimony would be protected pursuant to section 13 of the Charter. They could also request that the criminal trial judge exclude any derivative evidence. Though the ID recognized the applicants' concern that they might have to testify voluntarily at their admissibility hearing to avoid being found inadmissible, it found that the applicants had not provided any idea of the type of evidence they might have to give in order to avoid being found inadmissible or how giving this evidence could help the Crown at the criminal trial.

[31] In addition, pointing to the decision of this Court in *Akinsuyi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1397, the ID confirmed that it had no role in ensuring the fairness of the criminal prosecution. It found that it was for the criminal trial judge to determine the appropriate remedy for the breach of any Charter rights caused by the admissibility hearing. As the potential use of any derivative evidence was highly speculative and conjectural, the ID concluded that it was not a sufficient ground for adjourning the admissibility hearing. Instead, the ID suggested that the applicants request that their admissibility hearing be conducted *in private* and that the presiding member prohibit the Minister from communicating to the Royal Canadian Mounted Police or to any other person the transcript of the proceedings or any content thereof at any time while the charges against the applicants were outstanding in the courts.

[32] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the Supreme Court of Canada held that reasonableness is the presumptive standard of review for administrative decisions (*Vavilov*, at paragraphs 10 and

B. *Le refus de la SI de reporter l'enquête*

[30] Citant la décision *Bruzzese c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1119, [2017] 3 R.C.F. 272 et l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, la SI a souligné qu'il ne faisait aucun doute que les demandeurs étaient des témoins contraignables à leur enquête. Si les demandeurs étaient contraints de témoigner à leur enquête, le témoignage forcé serait protégé aux termes de l'article 13 de la Charte. Les demandeurs pourraient aussi demander que le juge qui présidera le procès criminel exclue toute preuve dérivée. Bien que la SI ait reconnu la préoccupation des demandeurs selon laquelle ils pourraient devoir témoigner volontairement à leur enquête pour éviter d'être déclarés interdits de territoire, elle a conclu qu'ils n'avaient pas présenté le moindre exemple du type de preuve qu'ils pourraient avoir à donner pour éviter d'être déclarés interdits de territoire ou en quoi le fait de donner cette preuve pourrait aider la Couronne dans l'instance criminelle.

[31] De plus, après avoir attiré l'attention sur la décision rendue par la Cour dans *Akinsuyi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1397, la SI a confirmé qu'il ne lui revenait pas d'assurer l'équité de l'instance criminelle. Elle a conclu qu'il incombait au juge qui préside le procès criminel d'établir quel serait le recours approprié en cas de contravention à un droit protégé par la Charte lors de l'enquête. Étant donné que l'éventuelle utilisation de toute preuve dérivée était très hypothétique et conjecturale, la SI a établi que cela ne constituait un motif suffisant pour reporter l'enquête. Elle a plutôt proposé que les demandeurs demandent que leur enquête se tienne à huis clos et que le président de l'audience interdise au ministre de communiquer à la Gendarmerie royale du Canada ou à quiconque la transcription de l'audience ou tout élément de celle-ci en tout temps pendant que les accusations qui pèsent contre eux sont en instance devant les tribunaux.

[32] Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), la Cour suprême du Canada a soutenu que la norme de la décision raisonnable était la norme de contrôle présumée s'appliquer aux décisions

16–17). None of the exceptions described in *Vavilov* apply here.

[33] Where the standard of reasonableness applies, the Court shall examine “the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome” (*Vavilov*, at paragraph 83). It must ask itself “whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraph 99). The burden is on the party challenging the decision to show that it is unreasonable (*Vavilov*, at paragraph 100).

[34] With respect to the issue of procedural fairness, the Federal Court of Appeal clarified in *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 (*Canadian Pacific*) that issues of procedural fairness do not necessarily lend themselves to a standard of review analysis. Rather, the role of this Court is to determine whether the proceedings were fair in all the circumstances. In other words, “whether the applicant knew the case to meet and had a full and fair chance to respond” (*Canadian Pacific*, at paragraphs 54–56; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35).

[35] As noted earlier, the applicants challenge the ID’s decision on a number of grounds. They contend that it was unreasonable and unfair to place them in a position that compromises their section 7 and 13 Charter rights to a fair hearing and their right against self-incrimination. Even if it is up to the criminal court judge to determine the appropriate remedy for the breach of any Charter right caused by the admissibility hearing, the ID has the duty to be fair and avoid breaches of the Charter.

administratives (*Vavilov*, aux paragraphes 10, 16 et 17. Aucune des exceptions décrites dans l’arrêt *Vavilov* ne s’applique en l’espèce.

[33] Lorsque la norme de la décision raisonnable s’applique, la Cour s’intéresse à « la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 83). Elle doit se demander « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, au paragraphe 99). Il incombe à la partie qui conteste la décision d’en démontrer le caractère déraisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 100).

[34] En ce qui concerne la question de l’équité procédurale, la Cour d’appel fédérale a précisé dans l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 (*Canadien Pacifique*) que les questions d’équité procédurale ne se prêtent pas nécessairement à une analyse relative à la norme de contrôle applicable. Le rôle de la Cour est plutôt de se demander si la procédure était équitable eu égard à l’ensemble des circonstances. En d’autres mots, « si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s’il a eu possibilité complète et équitable d’y répondre » (*Canadien Pacifique*, aux paragraphes 54 à 56; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35).

[35] Comme il a été mentionné précédemment, les demandeurs contestent la décision de la SI pour un certain nombre de motifs. Ils soutiennent qu’il était déraisonnable et inéquitable de les placer dans une situation qui compromet leurs droits prévus aux articles 7 et 13 de la Charte à une audience équitable et à la protection contre l’auto-incrimination. Même s’il revient au juge qui présidera le procès criminel d’établir quel serait le recours approprié en cas de contravention à un droit protégé par la Charte lors de l’enquête, la SI a l’obligation d’être équitable et d’éviter de contrevenir à la Charte.

[36] The applicants also contend that the ID erred in failing to apply the criteria set out in subsection 43(2) of the ID Rules. This provision sets out the factors that the ID is required to consider and balance when assessing whether a motion for an adjournment of proceedings is warranted. These factors include the nature and the complexity of the hearing and whether allowing the application would unreasonably delay the proceedings or likely cause an injustice. In the applicants' view, the only factor considered by the ID in refusing the adjournment was whether allowing the applications would unreasonably delay the proceedings.

[37] Finally, they argue that the ID imposed an unreasonable burden upon them. In order to prove that they would be prejudiced in providing evidence or revealing their criminal defence to the co-accused and the Crown at the ID hearing, they were required to provide the very evidence or reveal the criminal defence they wished to protect.

[38] Let me begin by addressing the applicants' argument that the ID erred by not considering the factors listed in subsection 43(2) of the ID Rules. I note that this provision governs "application[s] to change the date or time of a hearing". When the applicants made their request for an adjournment, the hearing date and time were not set. Their request was made in the context of scheduling the date for the hearing. There was no hearing date to change.

[39] Even if the ID was required to consider the factors set out in subsection 43(2) of the ID Rules, the ID cannot be faulted for not specifically addressing the factors that the applicants did not themselves rely on to request the adjournment. The thrust of the applicants' argument was that failing to postpone the admissibility hearing until the final disposition of the criminal proceedings would potentially prejudice the criminal and immigration proceedings. The ID addressed this argument in its reasons.

[36] De plus, les demandeurs prétendent que la SI a commis une erreur en omettant d'appliquer le critère qui est énoncé au paragraphe 43(2) des Règles de la SI. Cette disposition établit les facteurs que la SI doit prendre en compte et soupeser lorsqu'elle apprécie le bien-fondé d'une requête en ajournement de l'audience. Ces facteurs comprennent la nature et la complexité de l'affaire et la question de savoir si le fait d'accueillir la demande ralentirait l'affaire de manière déraisonnable ou causerait vraisemblablement une injustice. Les demandeurs estiment que le seul facteur qu'a pris en compte la SI pour refuser l'ajournement était celui de savoir si le fait d'accueillir la demande ralentirait l'affaire de manière déraisonnable.

[37] Enfin, les demandeurs affirment que la SI leur a imposé un fardeau déraisonnable. Pour établir qu'ils subirait un préjudice en témoignant ou en dévoilant leur défense au criminel au co-accusé et à la Couronne lors de l'audience devant la SI, ils devaient présenter les éléments de preuve ou révéler la défense au criminel qu'ils voulaient protéger.

[38] J'examinerai d'abord l'argument présenté par les demandeurs selon lequel la SI a commis une erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI. Je constate que cette disposition régit les « demande[s] de changement de la date ou de l'heure d'une audience ». Lorsque les demandeurs ont présenté leur requête en ajournement, la date et l'heure de l'audience n'étaient pas fixées. La requête a été présentée dans le contexte du choix de la date de l'audience. Il n'y avait pas de date d'audience à changer.

[39] Même si la SI était tenue de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI, on ne peut pas lui reprocher d'avoir omis d'analyser expressément les facteurs que les demandeurs eux-mêmes n'ont pas invoqués pour demander l'ajournement. L'idée maîtresse de l'argument avancé par les demandeurs était essentiellement que l'omission de repousser l'audience jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue dans les instances criminelles pourrait compromettre les procédures d'immigration et les poursuites criminelles. La SI a examiné cet argument dans ses motifs.

[40] Moreover, since there is no absolute protection against self-incrimination, it was incumbent on the applicants to demonstrate that the continuation of the admissibility proceedings would prejudicially affect their right to a fair hearing and their right against self-incrimination.

[41] In the case before me, the applicants did not articulate before the ID the nature of the evidence they may have to give in order to avoid being found inadmissible, nor did they explain how that evidence could assist the Crown in the criminal proceedings. Not all derivative evidence is necessarily incriminating. In addition, the applicants' admissibility hearing was not scheduled when the applicants brought their motions nor had the Minister completed disclosure of the evidence upon which he intended to rely in the admissibility proceedings. It is my understanding that the evidentiary disclosure in the criminal proceedings was also incomplete. While the applicants contend that there is no indication that the Minister will compel them to testify, there is also no indication that he will not. In my view, it was reasonable for the ID to find that the potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative and conjectural. The applicants' request was based on a set of circumstances that were both undefined and speculative. Vague allegations are not enough.

[42] As I agree with the ID that the applicants' request was based on speculation, it is not necessary for me to determine at this time whether the applicants' voluntary testimony would attract the protection of derivative use immunity.

[43] Furthermore, the ID reasonably suggested that the applicants request other protective measures that could address their concerns and allow the admissibility hearings to proceed in a timely manner. Subparagraph 166(b)(ii) of the IRPA provides that any division of the Immigration and Refugee Board can, on application or on its own motion, take any measures it considers necessary to ensure the confidentiality of the proceedings if, after considering available alternative measures, it is satisfied that there is a real and substantial risk to the fairness of the proceeding such that the need to prevent disclosure outweighs the

[40] De plus, étant donné qu'il n'existe pas de protection absolue contre l'auto-incrimination, il incombeait aux demandeurs de démontrer que la continuation des enquêtes pourrait porter préjudice à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination.

[41] En l'espèce, les demandeurs n'ont pas précisé la nature de la preuve qu'ils pourraient être appelés à donner pour éviter d'être déclarés interdits de territoire devant la SI, et ils n'ont pas expliqué non plus en quoi cette preuve pourrait aider la Couronne dans les poursuites criminelles. La preuve dérivée n'est pas toujours nécessairement incriminante. De plus, la date de l'enquête des demandeurs n'était pas fixée lorsque ceux-ci ont présenté leur requête, et le ministre n'avait pas terminé la communication de la preuve qu'il avait l'intention d'invoquer pendant l'enquête. Je crois comprendre que la communication de la preuve dans les instances criminelles n'était pas terminée non plus. Même si les demandeurs prétendent que rien n'indique que le ministre les contraindra à témoigner, rien n'indique qu'il ne le fera pas non plus. J'estime qu'il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale. La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales. Les allégations vagues ne sont pas suffisantes.

[42] Puisque je conviens avec la SI que la requête des demandeurs reposait sur des hypothèses, il n'est pas nécessaire que j'établisse à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée.

[43] De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun. Selon le sous-alinéa 166b)(ii) de la LIPR, une section de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut, sur demande ou d'office, prendre toute mesure jugée nécessaire pour assurer la confidentialité des débats sur preuve que, après examen de toutes les solutions de rechange à sa disposition, il y a un risque sérieux d'atteinte au droit à une procédure équitable de sorte que

societal interest that the proceeding be conducted in public. This provision appears, at first glance, to be sufficiently broad to allow the ID to order that the admissibility proceedings, or parts thereof, be conducted *in private* and to restrict the use to be made of evidence given by the applicants.

[44] In addition, pursuant to subsection 44(2) of the ID Rules, the applicants can request that their hearings be separated, thereby eliminating the issue of one co-accused having to divulge their defence or strategy to the other. The applicants have not demonstrated that such procedural mechanisms would not address their concerns of fairness and confidentiality regarding the potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify.

[45] To conclude, the applicants have failed to persuade me that in refusing their request for an adjournment of the admissibility hearing, the ID unreasonably placed them in a position that compromises their section 7 and 13 Charter rights to a fair hearing and their right against self-incrimination or breached their rights to procedural fairness or natural justice.

[46] Accordingly, the applications for judicial review are dismissed.

[47] The applicants have requested that the Court certify the following question:

Would the conduct of an admissibility hearing of a person concerned under the *Immigration and Refugee Protection Act* before the final determination of criminal charges against the person for an act relevant to the admissibility proceedings violate the rights of the person under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because of the loss of derivative use immunity in criminal proceedings when the person is not compelled to testify at their admissibility hearing but testifies voluntarily?

la nécessité d'empêcher la divulgation de renseignements l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à la publicité des débats. Cette disposition semble être, à première vue, suffisamment large pour que la SI puisse ordonner que l'enquête, ou une partie de celle-ci, se tienne à *huis clos* et restreindre l'utilisation qui pourra être faite de la preuve donnée par les demandeurs.

[44] De plus, conformément au paragraphe 44(2) des Règles de la SI, les demandeurs peuvent demander que leurs audiences soient séparées, ce qui éliminerait la crainte que l'un des co-accusés doive communiquer sa défense ou sa stratégie à l'autre co-accusé. Les demandeurs n'ont pas démontré que des mécanismes procéduraux de ce genre ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décident de témoigner.

[45] Enfin, les demandeurs ne m'ont pas convaincu qu'en rejetant leur requête en ajournement de l'enquête, la SI les avait de manière déraisonnable placés dans une situation qui porte atteinte à leurs droits à une audience équitable et à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la Charte ou qu'elle a manqué à leurs droits à l'équité procédurale ou à la justice naturelle.

[46] Par conséquent, les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées.

[47] Les demandeurs ont demandé à la Cour de certifier la question qui suit :

La tenue d'une enquête sur un intéressé aux termes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant que soit rendue une décision finale à l'égard d'accusations criminelles portées contre l'intéressé pour un acte qui est pertinent au regard de l'enquête porte-t-elle atteinte aux droits de l'intéressé garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de la perte de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans des instances criminelles lorsque l'intéressé n'est pas contraint de témoigner à son enquête, mais qu'il témoigne volontairement?

[48] The criteria for certification are well established. The proposed question must be a serious question that is dispositive of the appeal. It must transcend the interests of the parties and raise an issue of broad significance or general importance. Furthermore, the question must have been dealt with by the Federal Court and must arise from the case itself rather than from the way in which the Federal Court may have disposed of the case. A question in the nature of a reference or whose answer turns on the unique facts of the case cannot ground a properly certified question (*Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674 (*Lunyamila*), at paragraphs 46–47; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199, at paragraphs 15–17; *Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211, at paragraph 4; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290, at paragraph 9; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 28–29; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraphs 11–12; *Liyaganagama v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.), at paragraph 4).

[49] The answer to the question proposed by the applicants is dependant on the determination that a person who testifies voluntarily at his or her admissibility hearing may not claim derivative use immunity at a later criminal proceeding. Given that I have decided the applications for judicial review on a different basis and have not pronounced myself on this issue, it would be inappropriate to certify the question (*Lunyamila*, at paragraphs 3 and 46).

[50] Accordingly, no question will be certified.

JUDGMENT in IMM-5410-19 and IMM-5510-19

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The applications for judicial review are dismissed;

[48] Les exigences relatives à la certification sont bien établies. La question à certifier doit être sérieuse et déterminante quant à l’issue de l’appel. Elle doit transcender les intérêts des parties et soulever une question ayant des conséquences importantes ou qui est de portée générale. De plus, elle doit avoir été examinée par la Cour fédérale et elle doit découler de l’affaire elle-même, et non simplement de la façon dont la Cour fédérale a statué sur la demande. Une question qui est de la nature d’un renvoi ou dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l’affaire ne peut soulever une question dûment certifiée : (*Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674 (*Lunyamila*), aux paragraphes 46 et 47; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, aux paragraphes 15 à 17; *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21, au paragraphe 4; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290, au paragraphe 9; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 28 et 29; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89, aux paragraphes 11 et 12; *Liyaganagama c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.), au paragraphe 4).

[49] La réponse à la question proposée par les demandeurs dépend de la conclusion selon laquelle une personne qui témoigne volontairement à son enquête ne peut pas réclamer l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée lors d’un procès criminel ultérieur. Étant donné que j’ai tranché les demandes de contrôle judiciaire sur un fondement différent, et que je ne me suis pas prononcée sur la question, il ne serait pas approprié que je certifie la question (*Lunyamila*, aux paragraphes 3 et 46).

[50] Par conséquent, aucune question ne sera certifiée.

Jugement dans les dossiers IMM-5410-19 et IMM-5510-19

LA COUR STATUE que :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées;

- | | |
|--|---|
| 2. No question of general importance is certified. | 2. Aucune question de portée générale n'est certifiée. |
| 3. A copy of this judgment and reasons will be placed on both Court files (IMM-5410-19 and IMM-5510-19). | 3. Une copie du présent jugement et de ses motifs sera versée dans les deux dossiers de la Cour (IMM-5410-19 et IMM-5510-19). |