

T-866-95

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

v.

Helmut Oberlander (Respondent)**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. OBERLANDER (T.D.)**Trial Division, MacKay J.—Kitchener, Ontario,
September 17; Ottawa, September 30, 1998.

Evidence — Admissibility of documents tendered as exhibits by Minister in reference relating to respondent's acquisition of citizenship — At issue German war documents, originating in central or field offices of armed forces or police, serving government of Third Reich, during World War II; testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, including affidavits, affiants of which either deceased or unable to testify; miscellaneous documents — (1) War documents containing hearsay — Supported by affidavit of archivists, others attesting to authenticity of copy of document — Canada Evidence Act, s. 30 providing where oral evidence in respect of matter admissible, record made in usual, ordinary course of business containing information in respect of that matter admissible on production of record — War documents records — Activity in which originated clearly within broad definition of "business" in s. 30(12) (i.e. in relation to ordinary activities of government agencies) — Documents should not be excluded as not meeting requirement for reliability because only persons available to attest to original production of documents in usual, ordinary course those historical experts who gained knowledge second-hand — S. 30 not requiring attestation document made in usual, ordinary course of business be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in producing document — Expertise of historians providing necessary threshold reliability for admission of documents in evidence as official documents — (2) Testimonial documents hearsay — Test for reliability of documents not met where documents prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination, but ultimately none possible — Test of necessity not met as similar evidence already before Court — S. 30(10) excluding admission of record made in contemplation of legal proceedings or transcripts of evidence taken in course of another legal proceeding — As documents within those specific descriptions, inappropriate to admit them on basis of principled exception to common law rule — (3) Miscellaneous documents admitted except copy of verdict of German Court in criminal trial of another person — Clearly irrelevant.

T-866-95

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

c.

Helmut Oberlander (défendeur)**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. OBERLANDER (1^{re} INST.)**Section de première instance—juge MacKay—Kitchener
(Ontario), 17 septembre; Ottawa, 30 septembre 1998.

Preuve — Admissibilité de documents produits à titre de preuve par le ministre dans le cadre d'un renvoi concernant l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur — Les documents en question étaient des documents de guerre allemands, provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouvernement du Troisième Reich, pendant la Seconde guerre mondiale; des documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, et notamment des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou étaient incapables de témoigner; divers documents — (1) Les documents de guerre renfermaient du oui-dire — Ils étaient étayés par les affidavits d'archivistes et d'autres personnes attestant l'authenticité de la copie du document en cause — L'art. 30 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsqu'une preuve orale concernant une chose est admissible, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est admissible sur production de la pièce — Les documents de guerre étaient des pièces — L'activité dans le cadre de laquelle ils avaient été établis était clairement visée par la définition large du mot «affaires» figurant à l'art. 30(12) (c'est-à-dire dans le cours ordinaire des activités d'organismes du gouvernement) — Les documents ne devraient pas être exclus pour le motif qu'ils ne satisfont pas à l'exigence concernant la fiabilité parce que les seules personnes qui étaient disponibles pour attester que les documents avaient initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires étaient les experts en histoire qui en avaient indirectement connaissance — L'art. 30 n'exige pas qu'il soit attesté que le document est établi dans le cours ordinaire des affaires ou d'une activité par quelqu'un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document — Les connaissances spéciales des historiens satisfaisaient au critère préliminaire nécessaire relatif à la fiabilité lorsqu'il s'agissait d'admettre les documents en preuve à titre de documents officiels — (2) Les documents testimoniaux constituaient du oui-dire — Le critère relatif à la fiabilité des documents n'est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d'affidavits à l'égard de

procédures judiciaires en prévision d'un contre-interrogatoire qui n'a en fait pas lieu — Le critère relatif à la nécessité n'a pas été satisfait étant donné que la Cour disposait déjà d'éléments de preuve similaires — En vertu de l'art. 30(10), une pièce établie en prévision d'une procédure judiciaire ou la transcription de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire ne sont pas admis — Étant donné que les documents étaient visés par ces descriptions précises, il ne serait pas approprié de les admettre sur la base de l'exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law — (3) Les documents divers ont été admis à l'exception d'une copie du verdict rendu par un tribunal allemand lors du procès subi au criminel par une autre personne — Ils n'étaient clairement pas pertinents.

This was a ruling as to the admissibility of certain documents, mainly from archives maintained by foreign governments, tendered as exhibits, on behalf of the Minister in a reference in regard to the respondent's acquisition of citizenship. The respondent objected to the admissibility of the documents on the ground that they contained hearsay. The majority of the documents objected to were "war documents", originating in central or field offices of the armed forces or of the police, serving the government of the Third Reich in Germany, during the Second World War. They included directives or orders of the Army command, and field unit reports forwarded up the chain of command. Other documents were described as testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, including affidavits, the affidants of which were either deceased or unable to testify; transcripts of evidence; and the direct and cross-examination of a witness, now deceased, in proceedings similar to these. There were also a few miscellaneous documents, including a list of war service awards, and two documents concerning post-war proceedings, all of German origin. The Minister argued that all of the "war documents" were admissible pursuant to *Canada Evidence Act*, section 30 on the basis of the affidavits tendered with the documents and the report of an expert witness. All of the war documents were supported by affidavits of archivists responsible for maintenance and custody of the originals and by others, attesting to the authenticity of the copy of the document submitted. These affidavits attested, for each document, its source in official government archives, the fact that the original could not be produced to the Court since it was an historic official document maintained within the archives concerned, the circumstances of copying the original and the verification that a true copy had been produced and tendered to the Court. Subsection 30(1) provides that where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible on production of the record. It was urged that the testimonial documents should be admitted in accord with the "principled exception" to the hearsay rule enunciated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Smith*;

Il s'agissait d'une décision au sujet de l'admissibilité de certains documents, provenant principalement d'archives tenues par des gouvernements étrangers, produits à titre de preuve pour le compte du ministre dans le cadre d'un renvoi à l'égard de l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur. Le défendeur s'opposait à l'admission des documents pour le motif qu'il s'agissait de ouï-dire. La majorité des documents visés par l'objection du défendeur étaient des «documents de guerre», provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouvernement du Troisième Reich, en Allemagne, pendant la Seconde guerre mondiale. Ils comprenaient des directives ou des ordres du haut commandement des Forces armées et des rapports provenant des unités de campagne transmis le long de la chaîne de commandement. D'autres documents ont été décrits comme des documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, et notamment des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou incapables de témoigner; des transcriptions de la preuve ainsi que l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire d'un témoin maintenant décédé dans des procédures similaires. Il y avait également divers documents, notamment une liste des décorations de service de guerre et deux documents concernant des procédures postérieures à la guerre, lesquels étaient tous d'origine allemande. Le ministre a soutenu que tous les «documents de guerre» étaient admissibles conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur la base des affidavits les accompagnant et du rapport d'un témoin expert. Tous les documents de guerre étaient étayés par des affidavits d'archivistes responsables de la conservation et de la garde des originaux ainsi que d'affidavits d'autres personnes, attestant l'authenticité de la copie du document en cause. Ces affidavits attestaient donc que chaque document provenait des archives officielles de l'État et que l'original ne pouvait pas être produit devant la Cour étant donné qu'il s'agissait d'un document historique officiel conservé dans les archives en question; ils indiquaient les circonstances dans lesquelles l'original avait été copié et attestaient qu'une copie certifiée avait été établie et produite devant la Cour. Le paragraphe 30(1) prévoit que lorsqu'une preuve orale concernant une chose est admissible dans une procé-

R. v. Khan and *R. v. B. (K.G.)*. That exception permits admission of hearsay evidence where the circumstances in which a statement was made are such that the statement can be considered reliable, and where there is reasonable necessity that the evidence be admitted to support or deny a matter in issue.

Held, the war documents should be admitted pursuant to section 30, subject to any possible future argument in regard to any document concerning relevance or probative value, or both; the testimonial documents should not be admitted; the miscellaneous documents should be admitted, except for the copy of the verdict, and its partial translation to English, of the Munich Regional Court resulting from the trial of Dr. Kurt Christmann.

(1) The war documents were “records”, and the activity in which they originated was within the broad definition of “business” in subsection 30(12): any undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere, including any activity by any government or government agency. The “war documents” were in relation to activities of key agencies of the German government of the day, its armed forces and its police agencies. They contained only hearsay, indeed, double hearsay, but they were documents produced in the ordinary course of activities of government agencies concerned with both military and police operations.

The only persons available to attest to the original production of the documents in the usual and ordinary course were those historical experts who gained their knowledge secondhand. The documents should not be excluded on the ground that they did not meet the underlying principle of reliability because they were not identified by a person who had personal knowledge of the reporting process said to be the ordinary course of business or activity. Section 30 does not require that an attestation that the document is made in the usual and ordinary course of business of the agency, be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in the process of producing the document. Subsection 30(3) provides for copies of original documents to be admitted on the basis of affidavits of “a person who states why it is not possible or reasonably practicable to produce the record and one that sets out the source from which the copy was made, that attests to the copy’s authenticity and that it is made by the person who made the copy”. Subsection 30(6) permits the Court to “examine the record, admit any evidence in respect thereof given orally or by affidavit including

dure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est admissible sur production de la pièce. Il a été soutenu que les documents testimoniaux devraient être admis conformément à l’«exception fondée sur des principes» à la règle du oui-dire énoncée par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Smith*; *R. c. Kahn* et *R. c. B. (K.G.)*. Cette exception permet d’admettre une preuve par oui-dire lorsqu’une déclaration a été faite dans des circonstances telles qu’elle peut être considérée comme fiable, et lorsqu’il est raisonnablement nécessaire d’admettre la preuve en vue de corroborer ou de réfuter une question en litige.

Jugement: les documents de guerre devraient être admis conformément à l’article 30, sous réserve des plaidoyers qui pourront être présentés au sujet de leur pertinence ou de leur valeur probante; les documents testimoniaux ne devraient pas être admis; les documents divers devraient être admis à l’exception de la copie du verdict rendu par la Cour régionale de Munich à la suite du procès de Kurt Christmann, et de la version anglaise partielle de ce document.

1) Les documents de guerre étaient des «pièces» et l’activité dans le cadre de laquelle ils avaient été établis était visée par la définition large du mot «affaires», figurant au paragraphe 30(12): toute entreprise de quelque nature que ce soit exploitée au Canada ou à l’étranger, y compris toute activité exercée ou opération effectuée par un gouvernement ou un organisme d’un gouvernement. Les «documents de guerre» se rapportaient à des activités d’organismes importants du gouvernement allemand de l’époque, de ses forces armées et de ses services de police. Les documents contenaient uniquement du oui-dire et, de fait, du double oui-dire, mais il s’agissait apparemment de documents produits dans le cours ordinaire des activités d’organismes gouvernementaux s’occupant d’opérations militaires et policières.

Les seules personnes qui étaient disponibles pour attester que les documents avaient initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires étaient les experts en histoire qui en avaient indirectement connaissance. Les documents ne devraient pas être exclus pour le motif qu’ils ne satisfaisaient pas au principe fondamental de la fiabilité parce qu’ils n’avaient pas été identifiés par une personne qui avait une connaissance directe de la procédure de compte rendu, à titre de documents apparemment établis dans le cours ordinaire des affaires ou de l’activité. L’article 30 n’exige pas qu’il soit attesté que le document est établi dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d’une activité de l’organisme par quelqu’un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document. Le paragraphe 30(3) prévoit que les copies des documents originaux doivent être admises sur la base «d’un premier document indiquant les raisons pour lesquelles il n’est pas possible ou raisonnablement commode de produire la pièce et d’un deuxième document préparé par la personne qui a établi la copie indiquant d’où elle provient et attestant son authenticité». Le paragraphe 30(6) autorise

evidence as to the circumstances in which the information contained in the record was written, recorded, stored or reproduced, and draw any reasonable inference from the form or content of the record". No requirement is set out in the Act for personal experience of the affiant with the process of producing the document. It is for the Court to assess on the basis of the affidavits whether the necessary requirement for reliability is met. The expertise of historians provided the necessary threshold reliability for admission of the documents in evidence as official documents, as documents made in the usual and ordinary course of business of the agencies concerned.

(2) The testimonial documents were hearsay. The test for reliability is not met where documents are prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination, but ultimately none is possible. Moreover the test of necessity was not met. It was alleged that the documents provided similar evidence to that already before the Court from other former visa control officers about the process of examining applicants for admission as immigrants to Canada from Germany. If similar evidence was already before the Court, the test of necessity was not met. Moreover, where necessity is simply expressed in terms of an opportunity to have hearsay evidence admitted, that does not qualify as necessity. At the very least, it must be established that the evidence in question was essential in relation to a matter in issue on which there was not similar evidence already before the Court. The documents in question were within the descriptions of "a record made . . . in contemplation of a legal proceeding", in the case of the affidavits, or "transcripts . . . of evidence taken in the course of another legal proceeding", both of which descriptions appear in subsection 30(10) of the *Canada Evidence Act* as documents which are specifically excluded from admission under that section of the Act providing for admission of business records. If Parliament was careful to exclude such documents from the exception provided by section 30 to the hearsay rule for qualified business records, it would be inappropriate to admit them on the basis of the principled exception to the common law rule.

(3) The miscellaneous documents were admitted except for the copy of the verdict, and its partial translation to English, of the Munich Regional Court resulting from the trial of Dr. Kurt Christmann. It was the decision of another court in another country, in relation to another person tried under the criminal law then applicable in Germany. While it was a copy of an official record, it was clearly hearsay. It

le tribunal à «examiner [la pièce], admettre toute preuve à son sujet fournie de vive voix ou par affidavit, y compris la preuve des circonstances dans lesquelles les renseignements contenus dans la pièce ont été écrits, consignés, conservés ou reproduits et tirer toute conclusion raisonnable de la forme ou du contenu de la pièce». La Loi n'exige pas que l'auteur de l'affidavit ait directement connaissance de la procédure suivie à l'égard de la production du document. Il appartient à la Cour de déterminer, en se fondant sur les affidavits, si l'exigence nécessaire, en ce qui concerne la fiabilité, est satisfaite. Les connaissances spéciales des historiens satisfaisaient au critère préliminaire nécessaire lorsqu'il s'agissait d'admettre les documents en preuve à titre de documents officiels et de documents établis dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d'une activité des organismes concernés.

2) Les documents testimoniaux constituaient du ouï-dire. Le critère relatif à la fiabilité n'est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d'affidavits à l'égard de procédures judiciaires en prévision d'un contre-interrogatoire qui n'a en fin de compte pas lieu. En outre, le critère relatif à la nécessité n'a pas été satisfait. Il a été allégué que les documents renfermaient des éléments de preuve similaires à ceux que les anciens contrôleurs de visas avaient déjà présentés à la Cour à l'égard de la procédure d'examen des demandeurs aux fins de leur admission à titre d'immigrants au Canada à partir de l'Allemagne. Si la Cour disposait déjà d'éléments de preuve similaires, le critère relatif à la nécessité n'était pas satisfait. En outre, lorsque la nécessité est simplement exprimée au point de vue de la possibilité de faire admettre une preuve par ouï-dire, cela ne constitue pas une nécessité. Il faut tout au moins établir que l'élément de preuve en question était essentiel, en ce qui concerne un point litigieux et que la Cour ne disposait pas déjà d'autres éléments de preuve similaires. Les documents en question étaient visés par les mots «une pièce [. . .] établie en prévision d'une procédure judiciaire» dans le cas des affidavits, ou des mots «transcription [. . .] de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire» qui figurent dans les deux cas au paragraphe 30(10) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à titre de documents qui ne devraient pas être admis en vertu de cette disposition de la Loi à titre de pièces commerciales. Si le législateur a veillé à exclure pareils documents de l'exception à la règle du ouï-dire prévue à l'article 30 à l'égard des pièces commerciales admissibles, il ne serait pas approprié de les admettre sur la base de l'exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law.

3) Les documents divers ont été admis, à l'exception de la copie du verdict rendu par la Cour régionale de Munich à la suite du procès de Kurt Christmann, et de la version anglaise partielle de ce document. Il s'agissait d'une décision rendue par un tribunal étranger, à l'égard d'une autre personne qui avait subi un procès en vertu du droit criminel qui s'appliquait alors en Allemagne. Il s'agissait

was not relevant and had no probative value to the principal issue.

d'une copie d'une pièce officielle, mais cela constituait clairement du oui-dire. Ce document n'était pas pertinent et n'avait pas de valeur probante en ce qui concerne la principale question.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 30 (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 91).
Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 35.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 53(2).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 920.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1.

CONSIDERED:

R. v. Grimba and Wilder (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.).

REFERRED TO:

R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al. (1974), 19 C.C.C. (2d) 394; 16 C.P.R. (2d) 216 (Ont. H.C.); affd (1975), 10 O.R. (2d) 153; 26 C.C.C. (2d) 349; 20 C.P.R. (2d) 1 (C.A.); affd [1978] 1 S.C.R. 970; (1978), 22 N.R. 541; *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529; [1977] 3 W.W.R. 361; 35 C.C.C. (2d) 266; 37 C.R.N.S. 391 (B.C.C.A.); *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62; (1997), 152 Sask. R. 164; 8 C.R. (5th) 246; 140 W.A.C. 164 (C.A.); *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349; *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750; 76 D.L.R. (3d) 641 (H.C.).

RULING as to the admissibility of certain documents, mainly from archives maintained by foreign governments, tendered as exhibits, on behalf of the Minister in a reference concerning respondent's acquisition of citizenship. The World War II German Army command directives or orders and field unit reports should be produced pursuant to *Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 53(2).
Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 35.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 30 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 91).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 920.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 148 N.R. 241; 61 O.A.C. 1.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. v. Grimba and Wilder (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. cté Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al. (1974), 19 C.C.C. (2d) 394; 16 C.P.R. (2d) 216 (H.C. Ont.); conf. par (1975), 10 O.R. (2d) 153; 26 C.C.C. (2d) 349; 20 C.P.R. (2d) 1 (C.A.); conf. par [1978] 1 R.C.S. 970; (1978), 22 N.R. 541; *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529; [1977] 3 W.W.R. 361; 35 C.C.C. (2d) 266; 37 C.R.N.S. 391 (C.A.C.-B.); *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62; (1997), 152 Sask. R. 164; 8 C.R. (5th) 246; 140 W.A.C. 164 (C.A.); *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349; *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750; 76 D.L.R. (3d) 641 (H.C.).

DÉCISION relative à l'admissibilité de certains documents, provenant principalement d'archives tenues par des gouvernements étrangers, produits en preuve pour le compte du ministre dans le cadre d'un renvoi concernant l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur. Les directives ou ordres du haut commandement de l'armée allemande pendant la Seconde

Evidence Act, section 30, subject to any possible future argument in regard to any document concerning relevance or probative value; the testimonial documents, prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, including affidavits, the affiants of which were either deceased or unable to testify, transcripts of evidence, and direct and cross-examination of a witness, now deceased, in similar proceedings, should not be admitted; the miscellaneous documents should be admitted except the copy of the verdict, and its partial translation into English, of a German criminal trial of another individual.

APPEARANCES:

Peter A. Vita, Q.C. for applicant.
Eric Hafemann for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Eric Hafemann, Kitchener, Ontario for respondent.

The following are the reasons for ruling on documentary evidence rendered in English by

[1] MACKAY J.: These reasons confirm those delivered orally in a ruling, made in the course of hearings on September 17, 1998, concerning the admissibility of certain documents, mainly from archives maintained by foreign governments, tendered as exhibits, documentary evidence, on behalf of the applicant Minister. When the hearings began in this reference by the Minister in regard to the acquisition of citizenship by the respondent, counsel for the respondent indicated that there was objection to admission of much of the documentary evidence expected to be tendered on behalf of the applicant Minister, on the ground that it is simply hearsay and not admissible in these proceedings. It was agreed time would be allotted to deal with this objection, and

guerre mondiale et les rapports des unités de campagne devraient être produits conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sous réserve des plaidoyers qui pourront être présentés au sujet de leur pertinence ou de leur valeur probante; les documents testimoniaux, préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournies dans pareilles procédures, y compris des affidavits dont les auteurs étaient décédés ou incapables de témoigner, les transcriptions de la preuve ainsi que l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire d'un témoin maintenant décédé dans des procédures similaires, ne devraient pas être admis; les documents divers devraient être admis à l'exception de la copie du verdict rendu à la suite d'un procès criminel subi par un autre individu en Allemagne, et de la version anglaise partielle de ce document.

ONT COMPARU:

Peter A. Vita, c.r., pour le demandeur.
Eric Hafemann pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Eric Hafemann, Kitchener (Ontario) pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs de la décision relative à la preuve documentaire

[1] LE JUGE MACKAY: Les présents motifs visent à confirmer ceux qui ont été prononcés oralement lors de l'audience du 17 septembre 1998 au sujet de l'admissibilité de certains documents, provenant principalement d'archives tenues par des gouvernements étrangers, produits à titre de preuve documentaire pour le compte du ministre demandeur. Au début de l'audience qui a eu lieu à la suite du renvoi effectué par le ministre à l'égard de l'acquisition de la citoyenneté par le défendeur, l'avocat du défendeur a déclaré qu'il s'opposait à l'admission d'une bonne partie de la preuve documentaire qui devait être produite pour le compte du ministre demandeur, pour le motif qu'il s'agissait simplement de ouï-dire et que pareille preuve n'était pas admissible dans la présente

that was done on September 15, 1998.

[2] I here set out in more detail than in my oral reasons at the hearing, where counsel were aware of the documents in issue, a description of the documents concerned and of the affidavits tendered in support of them. In addition, I set out a summary of the arguments of counsel, which were helpful to the Court, and which may facilitate understanding of the issues raised and here dealt with.

[3] On behalf of the Minister a number of documents were tendered as exhibits, in addition to documents which were introduced and identified in the usual manner in the course of examination of witnesses. Among these documents were affidavits of former officers of the Government of Canada, or reports of expert witnesses, who testified in the course of the proceedings, and correspondence or other documents of Canadian government origin, and some of foreign government origin, that were identified by witnesses, including a police officer in his testimony as documents that were shown to the respondent, Mr. Oberlander, in the course of an interview with him in January 1995.

[4] Most of the documents tendered on behalf of the Minister are documents from the records of governments. No objection is raised by the respondent to documents that are of Canadian government origin, or maps introduced and identified by witnesses. Further, the respondent's objection does not relate to documents from German government archives that concern the naturalization process, used in 1994, for acquisition of German citizenship, by Mr. Oberlander's family, i.e., his mother, his sister and himself, or that relate to and were identified by the witness Hans Huebert as documents concerning his own naturalization for German citizenship. A third general category of the documents tendered by the applicant to which there is no objection by the respondent are the affidavits of archivists, copiers and translators tendered to meet technical requirements of subsection 30(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, as

instance. Il a été convenu qu'un certain temps serait alloué aux fins de l'examen de cette objection, ce qui a été fait le 15 septembre 1998.

[2] Je donne ici d'une façon plus détaillée que dans les motifs que j'ai prononcés oralement à l'audience, lors de laquelle les avocats étaient au courant de l'existence des documents en question, une description des documents en cause et des affidavits qui ont été produits à l'appui. De plus, je résume les arguments invoqués par les avocats, qui ont été utiles à la Cour et qui peuvent permettre de comprendre plus facilement les questions ici en cause.

[3] Pour le compte du ministre, un certain nombre de documents ont été produits en preuve, en plus de ceux qui ont été produits et identifiés de la façon habituelle dans le cadre de l'interrogatoire des témoins. Il y avait notamment les affidavits d'anciens agents du gouvernement du Canada ou des rapports de témoins experts qui ont témoigné au cours de l'instance, ainsi que des lettres ou d'autres documents provenant du gouvernement canadien, et dans certains cas de gouvernements étrangers, qui ont été identifiés par les témoins, et notamment par un agent de la police, comme étant des documents qui avaient été montrés au défendeur, M. Oberlander, lors d'une entrevue qui avait eu lieu en janvier 1995.

[4] La plupart des documents produits pour le compte du ministre sont tirés de dossiers gouvernementaux. Le défendeur ne s'est pas opposé à la production des documents qui proviennent du gouvernement canadien, ou des cartes produites et identifiées par les témoins. En outre, l'objection du défendeur ne vise pas les documents provenant d'archives du gouvernement allemand qui se rapportent à la procédure de naturalisation utilisée en 1994, aux fins de l'acquisition de la citoyenneté allemande, par la famille de M. Oberlander, à savoir par sa mère, sa sœur et lui-même, ou qui se rapportent à la naturalisation de M. Oberlander aux fins de la citoyenneté allemande et qui ont été identifiés en tant que tels par le témoin Hans Huebert. Une troisième catégorie générale de documents produits par le demandeur auxquels le défendeur ne s'oppose pas concerne les affidavits d'archivistes, de copistes et de traducteurs,

amended [by S.C. 1994, c. 44, s. 91] (the Act), here relating to government documents, particularly those from foreign sources.

[5] The documents to which counsel for the respondent objects fall into three categories. The majority of them are documents described for convenience as “war documents”, said to be originally of German origin, originating in central or field offices of the armed forces or of the police, serving the government of the Third Reich, Germany, during the years 1941 to 1945 in the Second World War. A second category of documents objected to by the respondent I describe as testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings. A third category concerns a few miscellaneous documents, some of which I note before concluding are admitted on the same basis as the “war documents” or because they have been identified by witnesses in the course of their testimony.

[6] I deal in turn with each of the three categories of documents to which objection is taken. Before doing so it may be helpful to outline the grounds on which the issue of admissibility was argued, at least in regard to the first two categories.

[7] For the Minister it is urged that all of the “war documents” in question are admissible pursuant to section 30 [as am. *idem*] of the Act on the basis of the affidavits tendered with the documents and the report of Dr. Manfred Messerschmidt, an expert witness. In the alternative, it is urged that they are admissible pursuant to section 35 of the Ontario *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, and in the further alternative that the documents are admissible pursuant to the common law business duty exception to the hearsay rule. Finally, as an ultimate alternative it is urged these documents should be admitted in accord with the “principled exception” to the hearsay rule enunciated by the Supreme Court of Canada in recent cases, including *R. v. Kahn*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v.*

qui ont été produits en vue de satisfaire aux exigences de forme du paragraphe 30(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, dans sa forme modifiée [par L.C. 1944, ch. 44, art. 91] (la Loi), se rapportant à des documents gouvernementaux, en particulier ceux d’origine étrangère.

[5] L’avocat du défendeur s’oppose à la production de trois genres de documents. La majorité d’entre eux sont des documents que nous appellerons, pour plus de commodité, des «documents de guerre», apparemment d’origine allemande, provenant du bureau central ou des bureaux locaux des forces armées ou de la police, servant le gouvernement du Troisième Reich, en Allemagne, de 1941 à 1945, pendant la Seconde Guerre mondiale. Le défendeur s’oppose en outre à la production de documents testimoniaux, comme je les appellerai, préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures. Enfin, il s’oppose à la production de quelques documents divers, dont certains sont admis, comme je le ferai remarquer en conclusion, sur la même base que les «documents de guerre» ou parce que les témoins les ont identifiés lorsqu’ils ont été interrogés.

[6] J’examinerai tour à tour chacune des trois catégories de documents susmentionnées. Cependant, il peut être utile d’énoncer auparavant les motifs invoqués à l’égard de la question de l’admissibilité, du moins en ce qui concerne les deux premières catégories.

[7] Au nom du ministre, il est soutenu que tous les «documents de guerre» en question sont admissibles conformément à l’article 30 [mod., *idem*] de la Loi, sur la base des affidavits qui les accompagnent et du rapport de M. Manfred Messerschmidt, témoin expert. Subsidiairement, il est soutenu que ces documents sont admissibles conformément à l’article 35 de la *Loi sur la preuve* de l’Ontario, L.R.O., 1990, ch. E.23, et subsidiairement encore, qu’ils sont admissibles conformément à l’exception à la règle du ouï-dire connue sous le nom d’exception relative à l’obligation commerciale, qui existe en common law. Enfin, subsidiairement encore, il est soutenu que ces documents devraient être admis conformément à l’«exception fondée sur des principes» à la règle du ouï-dire

Smith, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 (cases hereinafter referred to as *Kahn*, *Smith*, and *K.G.B.*).

[8] In regard to the testimonial documents prepared for or provided in Canadian judicial proceedings, the only ground urged for admission of these documents is the principled exception to the hearsay rule, as set out by *Kahn*, *Smith* and *K.G.B.*

War Documents

[9] The war documents in question come from four sources: two of them in the Federal Republic of Germany, which are the Federal German Archives in Koblenz and the Military Archives of the Federal German Archives in Friburg; and two of them in Russia, the Centre for the Preservation of Historical and Documentary Collections, in Moscow, and the Taganrog Branch of the Roskov Oblast State Archives. Among miscellaneous documents one other war document, a copy of an Army High Command "Award List No. 17 concerning War Service Crosses, 2nd class, with swords", not objected to by the respondent, was from the German Federal Archive, Central Record Office in Aachen—Komelimünster. Two other miscellaneous documents concerning post-war proceedings in the Munich I Regional Court were from the Office of the Munich I Regional Court Public Prosecutor.

[10] Each of the documents in question, except these last three described here as miscellaneous documents, is produced to the Court under reference by affidavits of archivists responsible for their maintenance and custody and by others, attesting to the authenticity of the copy of the document here submitted. Thus, these affidavits attest, for each document, its source in official government archives, the fact that the original cannot be produced to the Court since it is an historic official document maintained within the archives concerned, the circumstances of copying the original

récemment énoncée par la Cour suprême du Canada, notamment dans *R. c. Kahn*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (lesquels sont ci-après appelés les arrêts *Kahn*, *Smith* et *K.G.B.*).

[8] En ce qui concerne les documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou fournis dans pareilles procédures, le seul motif invoqué aux fins de leur admission est l'exception fondée sur des principes à la règle du oui-dire, énoncée dans les arrêts *Kahn*, *Smith* et *K.G.B.*

Les documents de guerre

[9] Les documents de guerre en question proviennent de quatre sources: c'est-à-dire, dans deux cas, de la République fédérale d'Allemagne, à savoir des archives ouest-allemandes, à Coblenze, et des archives militaires ouest-allemandes, à Fribourg, et dans les deux autres cas, de la Russie, à savoir du Centre de conservation des collections historiques et documentaires, à Moscou, et de la succursale Taganrog des archives de l'oblast de Roskov. Parmi les divers documents, un autre document de guerre, soit une copie de la [TRADUCTION] «Liste des décorations n° 17 concernant les croix de service de guerre de 2^e classe, avec épées» du haut commandement de l'Armée, à la production de laquelle le défendeur ne s'oppose pas, provenait des archives ouest-allemandes, Bureau central des dossiers, à Aachen—Komelimünster. Deux autres documents concernant des procédures postérieures à la guerre, engagées devant la Cour régionale de Munich I, provenaient du Bureau du ministère public de la Cour régionale de Munich I.

[10] Chacun des documents en question, à l'exception des trois derniers documents désignés ci-dessus comme étant des documents divers, est produit devant la Cour au moyen d'affidavits des archivistes responsables de leur conservation et de leur garde ainsi que d'affidavits d'autres personnes, attestant l'authenticité de la copie du document en cause. Ces affidavits attestent donc que chaque document provient des archives officielles de l'État et que l'original ne peut pas être produit devant la Cour étant donné qu'il s'agit d'un document historique officiel conservé dans les

and the verification that a true copy has been produced and is now tendered, to the Court. Each affidavit in German or Russian, and each document in German, is translated to English and the affidavit of a translator, accredited by the Translation Bureau of Public Works and Government Services Canada, attests to the accuracy of the translated version. These various affidavits meet the technical requirements of subsection 30(3) of the Act, and there is no objection to admission of the affidavits themselves.

[11] I would describe the war documents in question as directives or orders of the Armed Forces Wehrmacht High Command, or of the Chief of the Security Police and the SD (a security branch for the SS), or of the Army Command or of a local military headquarters; and reports compiled from field unit reports, so-called "event reports USSR", or later reports on activities from occupied eastern territories, compiled regularly on the basis of reports of individual units, and, in accord with central office directives, forwarded up the chain of command to central offices of police and military services.

[12] I deal first with the argument of the Minister that the documents are admissible under statutory or common law exceptions to the hearsay rule. For the applicant, the Minister, it is submitted that the documents in issue are admissible, first, pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*, which provides, in part:

30. (1) Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible in evidence under this section in the legal proceeding on production of the record.

...

(3) Where it is not possible or reasonably practicable to produce any record described in subsection (1) or (2), a copy of the record accompanied by two documents, one that is made by a person who states why it is not possible or reasonably practicable to produce the record and one that

archives en question; ils indiquent les circonstances dans lesquelles l'original a été copié et attestent qu'une copie certifiée a été établie et est maintenant produite devant la Cour. Chaque affidavit rédigé en allemand ou en russe, et chaque document rédigé en allemand, est traduit en anglais et l'affidavit d'un traducteur, agréé par le Bureau de la traduction de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, atteste l'exactitude de la version traduite. Ces divers affidavits satisfont aux exigences de forme du paragraphe 30(3) de la Loi, et on ne s'oppose pas à l'admission des affidavits eux-mêmes.

[11] Je décrirais les documents de guerre en question comme étant des directives ou des ordres du haut commandement des Forces armées de la Wehrmacht, ou du chef de la Police de sécurité et des SD (un service de sûreté des SS), du commandement de l'Armée ou d'un quartier général local, ainsi que des rapports provenant des unités de campagne, appelés «rapports d'événements, URSS», ou des rapports ultérieurs sur les activités, provenant des territoires occupés de l'Est, établis régulièrement à l'aide de rapports d'unités individuelles, et conformément aux directives du bureau central, transmis le long de la chaîne de commandement aux bureaux centraux des services de police et des services militaires.

[12] J'examinerai d'abord l'argument du ministre selon lequel les documents sont admissibles en vertu des exceptions à la règle du ouï-dire reconnues par la loi ou en common law. Au nom du ministre demandeur, il est soutenu que les documents en question sont admissibles, en premier lieu, conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui est en partie ainsi libellé:

30. (1) Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.

[. . .]

(3) Lorsqu'il n'est pas possible ou raisonnablement commode de produire une pièce décrite au paragraphe (1) ou (2), une copie de la pièce accompagnée d'un premier document indiquant les raisons pour lesquelles il n'est pas possible ou raisonnablement commode de produire la pièce

sets out the source from which the copy was made, that attests to the copy's authenticity and that is made by the person who made the copy, is admissible in evidence under this section in the same manner as if it were the original of the record if each document is

(a) an affidavit of each of those persons sworn before a commissioner or other person authorized to take affidavits; or

(b) a certificate or other statement pertaining to the record in which the person attests that the certificate or statement is made in conformity with the laws of a foreign state, whether or not the certificate or statement is in the form of an affidavit attested to before an official of the foreign state.

...

(6) For the purpose of determining whether any provision of this section applies, or for the purpose of determining the probative value, if any, to be given to information contained in any record admitted in evidence under this section, the court may, on production of any record, examine the record, admit any evidence in respect thereof given orally or by affidavit including evidence as to the circumstances in which the information contained in the record was written, recorded, stored or reproduced, and draw any reasonable inference from the form or content of the record.

...

(10) Nothing in this section renders admissible in evidence in any legal proceeding

(a) such part of any record as is proved to be

...

(ii) a record made in the course of obtaining or giving legal advice or in contemplation of a legal proceeding,

...

(c) any transcript or recording of evidence taken in the course of another legal proceeding.

...

(12) In this section,

“business” means any business, profession, trade, calling, manufacture or undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere whether for profit or otherwise, including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government, by any department, branch, board, commission or agency of any government, by any court or other tribunal or by

et d'un deuxième document préparé par la personne qui a établi la copie indiquant d'où elle provient et attestant son authenticité, est admissible en preuve, en vertu du présent article, de la même manière que s'il s'agissait de l'original de cette pièce pourvu que les documents satisfassent aux conditions suivantes: que leur auteur les ait préparés soit sous forme d'affidavit reçu par une personne autorisée, soit sous forme de certificat ou de déclaration comportant une attestation selon laquelle ce certificat ou cette déclaration a été établi en conformité avec les lois d'un État étranger, que le certificat ou l'attestation prenne ou non la forme d'un affidavit reçu par un fonctionnaire de l'État étranger.

[. . .]

(6) Aux fins de déterminer si l'une des dispositions du présent article s'applique, ou aux fins de déterminer la valeur probante, le cas échéant, qui doit être accordée aux renseignements contenus dans une pièce admise en preuve en vertu du présent article, le tribunal peut, sur production d'une pièce, examiner celle-ci, admettre toute preuve à son sujet fournie de vive voix ou par affidavit, y compris la preuve des circonstances dans lesquelles les renseignements contenus dans la pièce ont été écrits, consignés, conservés ou reproduits et tirer toute conclusion raisonnable de la forme ou du contenu de la pièce.

[. . .]

(10) Le présent article n'a pas pour effet de rendre admissibles en preuve dans une procédure judiciaire:

a) un fragment de pièce, lorsqu'il a été prouvé que le fragment est, selon le cas:

[. . .]

(ii) une pièce établie au cours d'une consultation en vue d'obtenir ou de donner des conseils juridiques ou établie en prévision d'une procédure judiciaire,

[. . .]

c) une transcription ou un enregistrement de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire.

[. . .]

(12) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«affaires» Tout commerce ou métier ou toute affaire, profession, industrie ou entreprise de quelque nature que ce soit exploités ou exercés au Canada ou à l'étranger, soit en vue d'un profit, soit à d'autres fins, y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement, par un ministère, une direction, un conseil, une commission ou un

any other body or authority performing a function of government;

...

“legal proceeding” means any civil or criminal proceeding or inquiry in which evidence is or may be given, and includes an arbitration;

“record” includes the whole or any part of any book, document, paper, card, tape or other thing on or in which information is written, recorded, stored or reproduced, and, except for the purposes of subsections (3) and (4), any copy or transcript admitted in evidence under this section pursuant to subsection (3) or (4).

[13] It is urged on behalf of the Minister that subsection 30(1) of the Act should be applied broadly to facilitate the admission of business records as defined in subsection 30(12) that were made in the usual and ordinary course of virtually any activity, whether a business, calling or other undertaking, in this case by government agencies, and whether carried on in Canada or elsewhere, so long as the records refer to a matter in respect of which oral evidence would be admissible. That, it is submitted, includes documents, described as containing double hearsay, that are compiled by one person from information provided by another. Counsel relies upon the decision of Callaghan, Co. Ct. J., as he then was, in *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.), where the Court was concerned with the admissibility of fingerprint records, in part obtained from the Federal Bureau of Investigation in Washington, and the testimony of an officer of the FBI who was a fingerprint specialist. The fingerprint documents copied from FBI records were admitted, as copies and as records, pursuant to section 30 of the Act. In dealing with the matter Callaghan, Co. Ct., J. commented in part as follows [at pages 471-473]:

It would appear that the rationale behind that section [i.e. s. 30] for admitting a form of hearsay evidence is the inherent circumstantial guarantee of accuracy which one would find

organisme d'un gouvernement, par un tribunal ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale.

[. . .]

«pièce» Sont assimilés à une pièce l'ensemble ou tout fragment d'un livre, d'un document, d'un écrit, d'une fiche, d'une carte, d'un ruban ou d'une autre chose sur ou dans lesquels des renseignements sont écrits, enregistrés, conservés ou reproduits, et, sauf pour l'application des paragraphes (3) et (4), tout copie ou transcription admise en preuve en vertu du présent article en conformité avec le paragraphe (3) ou (4).

«procédure judiciaire» Toute procédure ou enquête, en matière civile ou pénale, dans laquelle une preuve est ou peut être faite, y compris l'arbitrage.

[13] Il est soutenu pour le compte du ministre que le paragraphe 30(1) de la Loi devrait s'appliquer d'une manière libérale de façon à faciliter l'admission des pièces commerciales, telles qu'elles sont définies au paragraphe 30(12), qui ont été établies dans le cours usuel et ordinaire de presque toute activité, qu'il s'agisse d'un commerce, d'une affaire ou d'une autre entreprise, soit dans ce cas-ci d'une activité exercée par des organismes gouvernementaux, et que cette activité ait été exercée au Canada ou à l'étranger, dans la mesure où les pièces se rapportent à une chose à l'égard de laquelle une preuve orale serait admissible. Il est soutenu que cela comprend les documents, décrits comme renfermant du double ouï-dire, qui sont établis par une personne à partir de renseignements fournis par une autre personne. L'avocat se fonde sur la décision rendue par le juge Callaghan, de la Cour de comté, (tel était alors son titre), dans l'affaire *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. cté Ont.), dans laquelle il était question de l'admissibilité de pièces relatives à des empreintes digitales, obtenues en partie du Federal Bureau of Investigation, à Washington, et du témoignage d'un agent du FBI, qui était un spécialiste en la matière. Les documents relatifs aux empreintes digitales copiés des dossiers du FBI ont été admis, à titre de copies et de pièces, conformément à l'article 30 de la Loi. En statuant sur l'affaire, le juge Callaghan a notamment fait les remarques suivantes [aux pages 471 à 473]:

[TRADUCTION] Il semblerait que le fondement de cette disposition [c'est-à-dire l'art. 30], lorsqu'il s'agit d'admettre une forme de preuve par ouï-dire, est la garantie circonstan-

in a business context from records which are relied upon in the day to day affairs of individual businesses, and which are subject to frequent testing and cross-checking. Records thus systematically stored, produced and regularly relied upon should, it would appear under s. 30, not be barred from this Court's consideration simply because they contain hearsay or double hearsay.

...

The basic difficulty to which argument was directed in this case, was whether or not the undertaking of the Federal Bureau of Investigation could be considered a "business" within the definition of s. 30(12). It was argued that the *ejusdem generis* rule should apply to the words "undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere". The *ejusdem generis* rule should also apply to the words "including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government". This in turn would restrict the definition of "business, profession, trade, calling, manufacture or undertaking" of a like kind, namely, an undertaking which would relate to a business, trade, calling or manufacturing business. This, in my view, would be a wholly too restrictive interpretation to attribute to the term "business". The wording of this section is extremely broad, it would appear that Parliament intended that any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by "any" government, would come within the scope of this section.

It would appear to me that the generic reference to "any government" would include a foreign government and, accordingly, it would be my view that a branch or agency of the United States of America and the Department of Justice of that Government would qualify under s. 30(12) if the records made were made in the usual course of business of such an agency.

I should also point out it was argued before me that an extra territorial application of this definition would create constitutional as well as numerous problems in assessing and weighing documents from Governments other than the United States, but Parliament has and can legislate with reference to evidence obtained in other jurisdictions as evidenced from s. 23, and furthermore it should be noted that s. 30(6) provides the Court with a vehicle to assess the probative value of documents tendered from Governments elsewhere other than in Canada. It would therefore appear that Parliament considered the problem that was raised by counsel and has provided a remedy for it.

...

One argument which did cause me considerable concern, related to the correlation between s. 30(1) and (9). It was

cielle inhérente d'exactitude qui existerait dans un contexte commercial, dans le cas de pièces sur lesquelles on se fonde dans les affaires courantes d'entreprises individuelles et qui sont assujetties à des vérifications et à des contre-vérifications fréquentes. Il semble que l'art. 30 n'empêche pas l'examen par la Cour des pièces ainsi systématiquement conservées et produites, et sur lesquelles on se fonde régulièrement, simplement parce qu'elles contiennent du oui-dire ou du double oui-dire.

[. . .]

La difficulté fondamentale soulevée par les plaidoyers dans ce cas-ci se rapportait à la question de savoir si l'entreprise du Federal Bureau of Investigation pouvait être considérée comme des «affaires» au sens du par. 30(12). Il a été soutenu que la règle *ejusdem generis* devrait s'appliquer aux mots «entreprise de quelque nature que ce soit exploité[e] au Canada ou à l'étranger». La règle *ejusdem generis* devrait également s'appliquer aux mots «y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement». Cela aurait pour effet de restreindre la définition de «commerce ou métier ou [. . .] affaire, profession, industrie ou entreprise» du même genre, soit une entreprise qui se rapporterait à un commerce, un métier, une affaire ou une industrie. À mon avis, cette interprétation du mot «entreprise» serait beaucoup trop restrictive. Le libellé de cette disposition est extrêmement large et il semble que le législateur ait voulu que toute activité exercée ou que toute entreprise exploitée au Canada ou à l'étranger par «un» gouvernement soit visée par cette disposition.

Il me semble que la mention générique d'«un gouvernement» comprendrait un gouvernement étranger et, par conséquent, une direction ou un organisme des États-Unis d'Amérique et du *Department of Justice* américain serait à mon avis admissible en vertu du par. 30(12) si les pièces étaient établies dans le cours usuel des affaires de pareil organisme.

J'aimerais également souligner qu'il a été soutenu devant moi que l'application extraterritoriale de cette définition créerait des problèmes constitutionnels ainsi que de nombreux autres problèmes lorsqu'il s'agit d'évaluer et d'apprécier les documents de gouvernements autres que le gouvernement américain, mais le législateur a légiféré et peut légiférer à l'égard d'un élément de preuve obtenu dans d'autres ressorts, comme le montre l'art. 23; il importe en outre de noter qu'en vertu du par. 30(6), c'est le tribunal qui détermine la valeur probante des documents provenant de gouvernements étrangers. Il semblerait donc que le législateur ait examiné le problème que l'avocat a soulevé et qu'il ait prévu un recours à cet égard.

[. . .]

Un argument m'a beaucoup préoccupé, à savoir celui qui avait trait à la corrélation entre les par. 30(1) et (9). Il a été

argued that Mr. Harper was not qualified to testify because he was neither the maker of the documents nor had original knowledge of the contents of the documents. It goes without saying, Mr. Harper of course has no knowledge of the making of the documents, but in my view, it was intended any person in an official position such as he, with an agency which maintains a record of such documents in the ordinary course of its business, would have the knowledge of the contents of those documents based on his experience in that business, which is required by s-s. (9). Accordingly, I am holding that he is competent to give evidence as to the contents of the documents, having regard to his experience and position with the Federal Bureau of Investigation.

[14] I note that the application of section 30 to include double hearsay in business records as indicated by Callaghan, Co. Ct. J. in *R. v. Grimba and Wilder*, has been followed in *R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 394 (Ont. H.C.); *affd.* (1975), 10 O.R. (2d) 394 (C.A.); *affd.* [1978] 1 S.C.R. 970; in *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529 (B.C.C.A.); and in *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62 (Sask. C.A.).

[15] For the Minister it is submitted that the documents, here described by affidavits of archivists as made in the usual and ordinary course of their business by various agencies, military and police authorities, of Germany, should be admitted. Oral evidence of the content of the documents would be admissible but those providing or compiling the information originally are now unknown and would in all likelihood now be deceased, so that they are not available to testify. In the circumstances the requirements of section 30 are said to be met.

[16] If the Court is concerned about admission of documents, the content of which is double hearsay, it is urged on behalf of the Minister that the documents are admissible pursuant to subsection 53(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended, which provides for the admission of evidence, in the Court's discretion, if it is admissible in a superior court of a province in accord with any provincial law,

soutenu que M. Harper n'était pas admissible à témoigner parce qu'il n'était pas l'auteur des documents et qu'il n'avait pas eu initialement connaissance des faits qui y étaient énoncés. Il va sans dire, bien sûr, que M. Harper n'a pas eu connaissance de l'établissement de ces documents, mais à mon avis, toute personne exerçant des fonctions officielles telles que les siennes, auprès d'un organisme qui conserve pareils documents dans le cours ordinaire de ses affaires, aurait connaissance des faits qui y sont énoncés, compte tenu de son expérience en la matière, conformément aux exigences du par. (9). Je statue donc que M. Harper est compétent pour témoigner au sujet des faits énoncés dans les documents en question, compte tenu de son expérience et des fonctions qu'il exerce auprès du Federal Bureau of Investigation.

[14] J'aimerais faire remarquer que l'idée selon laquelle l'article 30 s'applique notamment au double ouï-dire figurant dans des pièces commerciales, comme le juge Callaghan en a fait mention dans la décision *R. v. Grimba and Wilder*, a été suivie dans les décisions *R. v. Anthes Business Forms Ltd. et al.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 394 (H.C. Ont.); *conf. par* (1975), 10 O.R. (2d) 394 (C.A.); *conf. par* [1978] 1 R.C.S. 970; *R. v. Penno* (1977), 76 D.L.R. (3d) 529 (C.A.C.-B.); et *R. v. Martin*, [1997] 6 W.W.R. 62 (C.A. Sask.).

[15] Au nom du ministre, il est soutenu que les documents ici décrits dans les affidavits des archivistes comme ayant été établis par divers organismes allemands, par des autorités militaires et policières, dans le cours usuel et ordinaire de leurs affaires devraient être admis. La preuve orale du contenu des documents serait admissible, mais les personnes qui ont initialement fourni ou recueilli les renseignements ne sont pas connues et seraient probablement maintenant décédées, de sorte qu'elles ne peuvent pas témoigner. Cela étant, il est soutenu que les exigences de l'article 30 sont satisfaites.

[16] Si la Cour se préoccupe de l'admission des documents, dont le contenu renferme du double ouï-dire, il est soutenu pour le compte du ministre que les documents sont admissibles conformément au paragraphe 53(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, qui prévoit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve si, selon le droit en vigueur dans une

and pursuant to section 35 of the Ontario *Evidence Act*. The latter provision, for admission in evidence of business records, specifically provides in subsection 35(4) for the admission of double hearsay, by the following words:

35. . . .

(4) The circumstances of the making of such a writing or record, including lack of personal knowledge by the maker, may be shown to affect its weight, but such circumstances do not affect its admissibility.

[17] As a further alternative basis for admission of the war documents, counsel submits that they are admissible under the common law exception to the hearsay rule in relation to business records, as set out by the Supreme Court of Canada in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. As applied by Griffiths J. in *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750 (H.C.), the records in issue in this case do not appear on their face, or by evidence, to be records made by persons who had knowledge of all the facts recorded, and if that common law requirement is not met the records would be admissible at most to establish that the authors of the documents had knowledge only of other documents or reports from which the document in issue was made, and not of the truth of the contents. It is not readily apparent to me that all the documents here in question would be admitted pursuant to the common law exception for records made in the usual course of business or activity.

[18] The common law exception urged on behalf of the Minister was not argued on the basis of evidence about the documents and the manner in which they were made, apart from the evidence provided by related affidavits which support them as records made in the usual and ordinary course of the activities of the agencies concerned. Thus, it was not argued that they were admissible under the common law exception in regard to public documents.

province et selon l'article 35 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, elle l'était devant une cour supérieure de cette province. Cette dernière disposition, en ce qui concerne l'admission des pièces commerciales, prévoit expressément en ces termes au paragraphe 35(4), l'admission du double ouï-dire:

35. [. . .]

(4) Les circonstances dans lesquelles l'écrit ou le document ont été établis, y compris l'absence de connaissance directe des faits de la part de leur auteur, peuvent être exposées afin de diminuer la force probante de l'écrit ou du document sans toutefois porter atteinte à leur admissibilité.

[17] Subsidiairement, l'avocat soutient que les documents de guerre sont admissibles en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire prévue par la common law à l'égard des pièces commerciales, comme la Cour suprême du Canada l'a mentionné dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. De la façon dont le juge Griffiths a appliqué l'exception dans la décision *Setak Computer Services Corporation Ltd. v. Burroughs Business Machines Ltd. et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 750 (H.C.), les pièces ici en cause ne semblent pas, à première vue ou selon la preuve, avoir été établies par des personnes qui avaient connaissance de tous les faits consignés; or, si cette exigence de la common law n'est pas satisfaite, les pièces sont tout au plus admissibles en vue d'établir que les auteurs des documents avaient uniquement connaissance des autres documents ou rapports à l'aide desquels le document en question a été établi, et non de l'exactitude de leur contenu. Il n'est pas clairement évident selon moi que tous les documents ici en cause seraient admis conformément à l'exception prévue par la common law à l'égard des pièces établies dans le cours usuel des affaires ou d'une activité.

[18] L'exception prévue par la common law qui a été invoquée pour le compte du ministre n'a pas été soulevée sur la base de la preuve relative aux documents et à la façon dont ceux-ci avaient été établis, à part la preuve fournie par des affidavits connexes qui établissent qu'il s'agit de pièces établies dans le cours usuel et ordinaire des activités des organismes concernés. Il n'a donc pas été soutenu que ces documents étaient admissibles en vertu de l'exception prévue par la common law à l'égard des documents publics.

[19] For the respondent it was argued that it is not here established that the documents in question should be admitted under the common law exception to the hearsay rule in relation to business records. A number of the traditional requirements of that exception simply are not met, for example, the reports are not of original entries but are compilations from reports of others, and on their face they do not appear to have been made contemporaneously with the events recorded. Moreover, Dr. Messerschmidt, the applicant's expert witness acknowledged that fabrication of some records would not be surprising, so that reliability of the records, in the respondent's submission, should be considered questionable.

[20] In the respondent's view, section 35 of the Ontario *Evidence Act* provides no better basis for admission of the documents than does section 30 of the *Canada Evidence Act* and the latter, it is urged, does not provide for their admission. Two principal arguments are raised. First, it is urged that the documents are not in the nature of business records included within section 30. They are documents created in a state of war by agencies that have no relationship to business of any kind as that term would ordinarily be understood. On examination, it is urged, many of the documents will be found to have no relevance to the issues before the Court, and if relevant they have little probative value. Second, it is urged that there is no witness or affiant who has any personal knowledge, not merely concerning the matters recorded in the documents, but also of the process by which the documents were created and maintained. Those who attest to the documents as records created in the usual and ordinary course of business of the agencies concerned are historians or archivists whose knowledge of the documents and the process of their creation is second hand, from the study of history and the records available to them for that purpose.

[21] For the respondent, counsel urged that admitting the war documents, and the others in issue, as excep-

[19] Au nom du défendeur, il a été soutenu qu'il n'est pas établi en l'espèce que les documents en question doivent être admis en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire prévue par la common law à l'égard des pièces commerciales. Un certain nombre d'exigences habituelles relatives à cette exception ne sont tout simplement pas satisfaites; ainsi, les rapports ne renferment pas des inscriptions originales, mais ils sont établis à l'aide de rapports rédigés par des tiers et, à première vue, ils ne semblent pas avoir été établis au moment où les événements enregistrés se sont produits. En outre, le témoin expert du demandeur, M. Messerschmidt, a reconnu qu'il ne serait pas surprenant que certains documents aient été fabriqués, de sorte que leur exactitude, selon le défendeur, devrait être considérée comme douteuse.

[20] De l'avis du défendeur, l'article 35 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario ne fournit pas, aux fins de l'admission des documents, un meilleur fondement que ne le fait l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*; or, cette dernière disposition, est-il soutenu, ne prévoit pas leur admission. Deux arguments principaux sont invoqués. En premier lieu, il est soutenu que les documents ne sont pas de la nature de pièces commerciales visées par l'article 30. Il s'agit de documents créés pendant la guerre par des organismes qui n'ont rien à voir avec une entreprise de quelque genre que ce soit au sens ordinaire de ce terme. Il est soutenu que, dans bien des cas, l'examen des documents montre qu'ils n'ont rien à voir avec les questions dont la Cour est ici saisie et que, s'ils sont pertinents, leur valeur probante est faible. En second lieu, il est soutenu qu'aucun témoin ou déclarant n'a eu directement connaissance, non seulement des affaires enregistrées dans les documents, mais aussi de la procédure par laquelle les documents ont été créés et conservés. Les personnes qui attestent que les documents en question ont été créés dans le cours usuel et ordinaire des affaires des organismes concernés sont des historiens ou des archivistes qui n'ont qu'une connaissance indirecte des documents et de la procédure d'établissement suivie, fondée sur l'étude de l'histoire et sur les documents dont ils disposaient aux fins de cette étude.

[21] Au nom du défendeur, l'avocat a soutenu qu'en admettant les documents de guerre et les autres

tions to the hearsay rule, pursuant to the statutory exception urged, or pursuant to the principle exception developed by the Supreme Court of Canada based on *Kahn*, a matter I discuss below, would extend the exceptions to the hearsay rule beyond those thus far accepted by the courts.

Testimonial documents for or from Canadian judicial proceedings

[22] The documents in question in this group are four. Two are affidavits sworn in preparation for presentation in these proceedings, by Arthur Northcott, a former visa control officer, now deceased, and by Julian Vickerman, a former visa control officer, now disabled and unable to testify. The affidavits were not previously filed in this matter and there was no cross-examination on the affidavits. The other documents tendered by the Minister for admission are transcripts of evidence, the direct and cross-examination of Gerrard Keelan from two reference cases, similar in nature to these proceedings, in which Mr. Keelan, a former visa control officer, now deceased, was a witness on behalf of the Minister.

[23] The sole basis urged for admission of these documents is the principled exception developed by the Supreme Court of Canada in *Kahn*, *Smith* and *K.G.B.*, *supra*. That exception to the hearsay rule may permit admission of hearsay evidence where the circumstances in which a statement was made are such that the statement can be considered to be reliable, and where there is reasonable necessity that the evidence be admitted to support or deny a matter in issue. It is urged that while those cases elaborating the exception all deal with admissibility of oral statements in the context of criminal proceedings, the same principles should here be applied to admit written statements, that is, the affidavits and the transcripts of oral evidence from other proceedings. It is urged the written statements or records of statements by former visa control officers, generally supportive of the evidence

documents ici en cause à titre d'exceptions à la règle du oui-dire, conformément à l'exception légale invoquée ou à l'exception fondée sur des principes élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khan*, sur laquelle je reviendrai ci-dessous, on se trouverait à étendre la portée des exceptions à la règle du oui-dire qui ont jusqu'à maintenant été reconnues par les tribunaux.

Documents testimoniaux préparés pour des procédures judiciaires canadiennes ou provenant de procédures judiciaires canadiennes

[22] Il y a quatre documents de ce genre. Deux documents sont des affidavits qui ont été faits dans le cadre de la préparation de la présente instance, par Arthur Northcott, autrefois contrôleur des visas, maintenant décédé, et par Julian Vickerman, autrefois contrôleur des visas, maintenant invalide et incapable de témoigner. Les affidavits n'ont pas déjà été déposés en l'espèce et ils n'ont pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire. Les autres documents que le ministre a présentés en vue de les faire admettre sont des transcriptions de la preuve, soit l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire de Gerrard Keelan qui ont été présentés lors de deux renvois du même genre que la présente instance, dans lesquels M. Keelan, autrefois contrôleur des visas, maintenant décédé, témoignait pour le compte du ministre.

[23] Le seul fondement invoqué en vue de faire admettre ces documents est l'exception fondée sur des principes élaborée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Kahn*, *Smith* et *K.G.B.*, *supra*. Cette exception à la règle du oui-dire permet peut-être d'admettre une preuve par oui-dire lorsqu'une déclaration a été faite dans des circonstances telles qu'elle peut être considérée comme fiable, et lorsqu'il est raisonnablement nécessaire d'admettre la preuve en vue de corroborer ou de réfuter une question en litige. Il est soutenu que les arrêts dans lesquels l'exception a été élaborée se rapportent tous à l'admissibilité de déclarations orales dans le contexte de procédures criminelles, mais que les mêmes principes devraient s'appliquer en l'espèce lorsqu'il s'agit d'admettre des déclarations écrites, soit les affidavits et les transcriptions de la preuve orale présentés dans le cadre

of other former officers now before the Court in these proceedings, meet the necessary standards for reliability. Moreover, they should be admitted on the basis of reasonable necessity for otherwise they will not be available to the Court in considering the principal issues to be resolved.

[24] For the respondent this exception is said not to be applicable to admit in evidence the four testimonial documents or the war documents. To admit them would extend accepted exceptions to the hearsay rule. It would implicitly accept, as a basis for necessity, the delay by the Minister in initiating these proceedings. There is no basis to conclude the statements, or documents, were reliable and there is no opportunity for cross-examination of persons making the statements in the case of the testimonial documents, or persons knowledgeable, by personal experience, of the process by which the war documents were produced.

The Court's ruling

[25] I find all of the war documents admissible in principle, pursuant to section 30 of the Act, and I directed they be admitted as exhibits for all purposes, subject to argument concerning the reliability and the probative value or weight of any document in relation to the issues at stake in this reference. Further, I find that the four testimonial documents in issue are not admissible and I direct they not be admitted as exhibits.

[26] There are in addition certain miscellaneous documents which I deal with as follows.

1. One document, an "Army High Command Bestowal, list No. 17, 2nd Class War Service Cross" was identified by the expert witness Dr. Messerschmidt and accepted by the respondent, who

d'autres procédures. Il est soutenu que les déclarations écrites ou les comptes rendus de déclarations effectués par d'anciens contrôleurs des visas, qui en général corroborent la preuve des autres anciens agents comparissant maintenant devant la Cour dans la présente instance, satisfont aux normes nécessaires de fiabilité. En outre, ces documents devraient être admis sur la base du critère de la nécessité raisonnable, car autrement la Cour ne les aura pas à sa disposition lorsqu'elle examinera les principales questions à régler.

[24] Au nom du défendeur, on affirme que cette exception ne s'applique pas en vue d'admettre en preuve les quatre documents testimoniaux ou les documents de guerre. En les admettant, on étendrait la portée des exceptions reconnues à la règle du oui-dire. On se trouverait implicitement à accepter, comme fondement à la nécessité, le temps que le ministre a mis à engager la présente instance. Rien ne permet de conclure que les déclarations ou les documents soient fiables et il n'existe aucune possibilité de contre-interroger les personnes qui ont fait les déclarations dans le cas des documents testimoniaux, ou les personnes qui connaissent, par expérience personnelle, le processus par lequel les documents de guerre ont été produits.

La décision de la Cour

[25] Je conclus que tous les documents de guerre sont admissibles en principe, conformément à l'article 30 de la Loi, et j'ordonne qu'ils soient admis en preuve à toutes fins utiles, sous réserve des plaidoyers qui pourront être présentés au sujet de leur fiabilité et de leur valeur probante ou de leur poids en l'espèce. En outre, je conclus que les quatre documents testimoniaux en question ne sont pas admissibles et j'ordonne qu'ils ne soient pas admis en preuve.

[26] Il y a en outre divers documents que j'examinerai ci-dessous.

1. Un document intitulé: [TRADUCTION] «Octroi par le haut commandement de l'Armée de la croix de service de guerre de 2^e classe, liste n° 17» a été identifié par le témoin expert Messerschmidt et accepté par le

knew nothing of the document or the list itself, as indicating the award of that war service cross to him, among others. Ultimately there was no objection to the document and it is admitted.

2. A second document, a biographical note with the apparent signature of, and concerning, the witness Hans Huebert, which was not put to him while he was on the stand, is admissible. That document was ultimately not objected to and if relevant, it is admissible on the same bases as the war documents, pursuant to section 30 of the Act.

3. The third miscellaneous document is a copy of a statement in German, and an English translation of that, which is said to constitute a declaration by the respondent given at the German Consulate General in Toronto in 1970 in connection with a preliminary investigation then pending at the Regional Court, Munich I, against former members of the war-time unit known as *Einsatzkommando 10a* for suspected murder or being accessories to murder. That statement was identified by the respondent as his own, and it is admitted.

4. The fourth and final document in the miscellaneous category is the decision in German, with a partial English translation, from the Office of the Public Prosecutor, Munich Regional Court I, of the juried court verdict following trial of Dr. Kurt Christmann, one-time commander of *Einsatzkommando 10a*, a verdict dated March 25, 1981, whereby the accused was found guilty of, and sentenced for, "two factually coinciding crimes of aiding and abetting in respect of two crimes of murder in 30 cases each". This last document I find is not admissible. It is the decision of another court in another country, in relation to another person, tried under the criminal law then applicable in Germany. In my view, while it is a copy of an official record, it is clearly hearsay in these proceedings. It is not relevant in so far as I can judge, and it has no probative value to the principal issue before this Court.

défendeur, qui ne savait pas que le document ou la liste montraient entre autres qu'une croix de service de guerre lui avait été décernée. En fin de compte, le document n'a donné lieu à aucune objection et il est admis.

2. Un deuxième document, soit une note biographique sur laquelle était apparemment apposée la signature du témoin Hans Huebert, et qui concernait celui-ci, document qui n'a pas été présenté à M. Huebert pendant qu'il témoignait, est admissible. Ce document n'a en fin de compte fait l'objet d'aucune objection et, s'il est pertinent, il est admissible sur la même base que les documents de guerre, conformément à l'article 30 de la Loi.

3. Le troisième document est une copie d'une déclaration rédigée en allemand, et la version anglaise y afférente, que le défendeur aurait apparemment remise au consulat général de l'Allemagne, à Toronto, en 1970; il se rapporte à une enquête préliminaire concernant d'anciens membres de l'unité connue sous le nom de *Einsatzkommando 10a*, qui existait en temps de guerre, lesquels avaient été accusés de meurtre ou de complicité après le fait; cette enquête était alors en instance devant la Cour régionale de Munich I. La déclaration a été identifiée par le défendeur comme étant la sienne, et elle est admise.

4. Le quatrième et dernier document renferme le verdict, en allemand, partiellement traduit en anglais, provenant du Bureau du ministère public, Cour régionale de Munich I, lequel a été rendu le 25 mars 1981 à la suite du procès devant jury de M. Kurt Christmann, autrefois commandant de l'*Einsatzkommando 10a*, et par lequel l'accusé était déclaré coupable et condamné pour [TRADUCTION] «deux infractions simultanées d'aide ou d'encouragement à l'égard des meurtres, sous 30 chefs chacune». Je conclus que ce dernier document n'est pas admissible. Il s'agit d'une décision rendue par un tribunal étranger, à l'égard d'une autre personne qui a subi un procès en vertu du droit criminel qui s'appliquait alors en Allemagne. À mon avis, il s'agit d'une copie d'une pièce officielle, mais dans la présente instance, cela constitue clairement du ouï-dire. Ce document n'est pas pertinent, autant que je puisse en juger, et il n'a pas de valeur probante en ce qui concerne la principale question dont cette Cour est saisie.

[27] As for the war documents in issue, in my opinion, the respondent's objection, that by their nature they should not be contemplated as included in business records "as defined in section 30 of the Act", is met by the plain meaning of the definitions of "records" and of "business" within subsection 30(12). Clearly they are records and in my view the activity in which they are said to have originated are clearly within the broad definition of "business", which provides in part:

30. (12) . . .

"business" means any . . . undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere . . . including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government, by any department, branch, board, commission or agency of any government . . . or by any other body or authority performing a function of government;

[28] The "war documents" in question, while not of a nature readily recognized as typical of a regular business in a commercial sense are, in my opinion, clearly in relation to activities of agencies of government, and in this case key agencies of the German government of the day, its armed forces and its police agencies.

[29] Clearly the documents contain only hearsay, indeed, so-called double hearsay, but they are said to be documents produced in the ordinary course of activities of government agencies concerned with both military and police operations.

[30] It is the statements by affidavits that the documents were produced in the usual and ordinary course of business or activity of the agencies concerned that give rise to the second objection on behalf of the respondent to their admission as evidence. The only evidence that they were produced in the usual and ordinary course of activities of those agencies is that provided by historians and archivists. In other words, they are not and perhaps could not be, qualified as

[27] En ce qui concerne les documents de guerre en question, il est à mon avis possible de répondre à l'objection du défendeur, à savoir que par leur nature ils ne devraient pas être considérés comme des pièces commerciales [TRADUCTION] «au sens de l'article 30 de la Loi», en se reportant au sens clair des mots «pièce» et «affaires», tels qu'ils sont définis au paragraphe 30(12). Ces documents sont clairement des pièces et, à mon avis, l'activité dans le cadre de laquelle ils auraient apparemment été établis est clairement visée par la définition large du mot «affaires», qui est en partie ainsi libellée:

30. (12) [. . .]

«affaires» [. . .] toute [. . .] entreprise de quelque nature que ce soit exploité[e] [. . .] au Canada ou à l'étranger, [. . .] y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement, par un ministère, une direction, un conseil, une commission ou un organisme d'un gouvernement, [. . .] ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale.

[28] Les «documents de guerre» en question, même s'il ne s'agit pas du genre de documents aisément reconnus comme caractéristiques d'une entreprise régulière au sens commercial du terme, se rapportent clairement à mon avis à des activités d'organismes du gouvernement, et dans ce cas-ci d'organismes importants du gouvernement allemand de l'époque, de ses forces armées et de ses services de police.

[29] De toute évidence, les documents contiennent uniquement du ouï-dire et, de fait, du soi-disant double ouï-dire, mais il s'agirait apparemment de documents produits dans le cours ordinaire des activités d'organismes gouvernementaux s'occupant d'opérations militaires et policières.

[30] Ce sont les déclarations qui sont faites au moyen d'affidavits, à savoir que les documents ont été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d'une activité des organismes concernés, qui donnent lieu à la deuxième objection soulevée pour le compte du défendeur à l'égard de l'admission en preuve de ces documents. Le seul élément de preuve tendant à montrer que ces documents ont été produits dans le cours usuel et ordinaire des activités de ces

documents that meet the underlying principle of reliability by identification by a person who could testify, or could attest by affidavit, based on his or her personal knowledge of the reporting process said to be the ordinary course of business or activity. That evidence simply is not available here. The only persons available to attest to the original production of the documents in the usual and ordinary course are those historical experts who gain their knowledge secondhand.

[31] I am not prepared to exclude the documents in question on the basis of this objection. In my opinion, the statutory provision, section 30 of the Act, does not require that an attestation that the document is made in the usual and ordinary course, of business or activity of the business or agency concerned, be made by someone who knows that from personal experience and who was involved in the process of producing the document. That suggested requirement may reflect the common law approach to the principle of reliability, but as I read subsection 30(3) it provides for copies of original documents to be admitted on the basis of affidavits of “a person who states why it is not possible or reasonably practicable to produce the record and one that sets out the source from which the copy was made, that attests to the copy’s authenticity and that it is made by the person who made the copy”. Further, subsection 30(6) permits the Court to “examine the record, admit any evidence in respect thereof given orally or by affidavit including evidence as to the circumstances in which the information contained in the record was written, recorded, stored or reproduced, and draw any reasonable inference from the form or content of the record”.

[32] No requirement is set out in the Act for personal experience of the affiant with the process of producing the document. In my opinion, it is for the

organismes est qu’ils ont été fournis par des historiens et par des archivistes. En d’autres termes, ils ne sont pas, et ils ne devraient peut-être pas être, admissibles à titre de documents satisfaisant au principe fondamental de la fiabilité, au moyen de leur identification par une personne qui pourrait témoigner, ou qui pourrait attester au moyen d’un affidavit, en se fondant sur une connaissance directe de la procédure de compte rendu, à titre de documents apparemment établis dans le cours ordinaire des affaires ou de l’activité. En l’espèce, cet élément de preuve n’est tout simplement pas disponible. Les seules personnes qui sont disponibles pour attester que les documents ont initialement été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires sont les experts en histoire qui en ont indirectement connaissance.

[31] Je ne suis pas prêt à exclure les documents en question en me fondant sur cette objection. À mon avis, l’article 30 de la Loi n’exige pas qu’il soit attesté que le document est établi dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d’une activité de l’entreprise ou de l’organisme concerné par quelqu’un qui est au courant de la chose à cause de son expérience personnelle et qui a participé à la production du document. Cette soi-disant exigence est peut-être conforme à la façon dont la question de la fiabilité est abordée en common law, mais selon l’interprétation que je donne au paragraphe 30(3), cette disposition prévoit que les copies des documents originaux doivent être admises sur la base «d’un premier document indiquant les raisons pour lesquelles il n’est pas possible ou raisonnablement commode de produire la pièce et d’un deuxième document préparé par la personne qui a établi la copie indiquant d’où elle provient et attestant son authenticité». En outre, le paragraphe 30(6) autorise le tribunal à «examiner celle-ci, admettre toute preuve à son sujet fournie de vive voix ou par affidavit, y compris la preuve des circonstances dans lesquelles les renseignements contenus dans la pièce ont été écrits, consignés, conservés ou reproduits et tirer toute conclusion raisonnable de la forme ou du contenu de la pièce».

[32] La Loi n’exige pas que l’auteur de l’affidavit ait directement connaissance de la procédure suivie à l’égard de la production du document. À mon avis, il

Court to assess on the basis of the affidavits whether the necessary requirement for reliability is met.

[33] In this case, copies of historic documents produced and later maintained by government agencies, and now maintained in national or central government archives in Germany and in Russia are here tendered for admission with covering affidavits of archivists or historians responsible for maintenance of the originals and who have special expertise in identification of official or governmental documents. For example, certain documents in issue are produced in association with the affidavit of Dr. Josef Henke, Archivdirektor at the Federal German Archives in Koblenz, holder of a doctorate degree in modern history, a trained archivist, with responsibilities that have provided exact knowledge of the documents to which his affidavit refers, who avers that the documents he refers to “are official in origin and were produced in the usual and ordinary course of business of various offices of the German Reich government and the NSDAP [the Nazi Party] and were processed by them”. Other documents, from the Taganrog Branch of the Rostov Oblast State Archives in Russia are authenticated by affidavit of the archivist responsible for their custody and maintenance and also by affidavit of Dr. Franz Golczewski, a full professor of Eastern European History at the Universität Hamburg, an expert in documents relating to the German occupation of the Ukraine during the Second World War and in the nature of German operations and occupation policy in the Ukraine, who attests that the documents referred to in his affidavit “were made by various agencies of the German SS, Security Police and SD (Security Service) and German military authorities, during the German occupation of the Soviet Union, in the usual and ordinary course of their business”. All of the war documents in question are supported by affidavits of this sort.

[34] In my opinion, the expertise of historians provides the necessary threshold reliability for admis-

appartient à la Cour de déterminer, en se fondant sur les affidavits, si l'exigence nécessaire, en ce qui concerne la fiabilité, est satisfaite.

[33] En l'espèce, des copies de documents historiques produits et par la suite conservés par des organismes gouvernementaux, et maintenant conservés dans des archives nationales ou dans des archives de l'administration centrale, en Allemagne et en Russie, sont ici présentées en vue d'être admises, avec des affidavits à l'appui faits par des archivistes ou des historiens chargés de conserver les originaux, qui ont des connaissances spéciales en matière d'identification de documents officiels ou de documents gouvernementaux. Ainsi, certains documents en cause sont produits avec l'affidavit de M. Josef Henke, directeur des archives ouest-allemandes, à Coblenz, titulaire d'un doctorat en histoire moderne et archiviste agréé, dont les responsabilités lui ont permis d'acquérir des connaissances précises au sujet des documents visés par l'affidavit et qui déclare que les documents qui, selon lui, [TRADUCTION] «sont officiels, ont été produits dans le cours usuel et ordinaire des affaires de divers bureaux du gouvernement allemand du Reich et du NSDAP [le parti nazi] et ont été traités par ceux-ci». D'autres documents, provenant de la succursale de Taganrog des archives de l'oblast de Roskov, en Russie, sont authentifiés au moyen de l'affidavit de l'archiviste chargé de les garder et de les conserver ainsi qu'au moyen de l'affidavit de M. Franz Golczewski, professeur agréé en histoire de l'Europe de l'Est à l'université de Hambourg, qui est un expert en ce qui concerne les documents relatifs à l'occupation allemande de l'Ukraine pendant la Seconde Guerre mondiale ainsi qu'en ce qui concerne la nature des opérations allemandes et la politique en matière d'occupation en Ukraine, lequel atteste que les documents mentionnés dans son affidavit [TRADUCTION] «ont été établis par divers organismes des SS, de la Police de sécurité et des SD (service de sûreté) et par les autorités militaires allemandes, pendant l'occupation de l'Union soviétique par les Allemands, dans le cours usuel et ordinaire de leurs affaires». Tous les documents de guerre en question sont étayés par des affidavits de ce genre.

[34] À mon avis, les connaissances spéciales des historiens satisfont au critère préliminaire nécessaire

sion of the documents in evidence as official documents, as documents made in the usual and ordinary course of business or activity of the agencies concerned.

[35] Having determined, however, that the wartime documents are admissible pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*, I make no decision on the other bases urged on behalf of the Minister for their admission, that is in relation to the Ontario *Evidence Act*, or in relation to the common law, or in relation to the principled exception identified by the Supreme Court of Canada in recent cases. Had I not determined the admissibility on the basis of section 30, I would have carefully considered the application of the *Smith, Khan, K.G.B.* exception in light of my assessment of the reliability of the documents as made in the usual and ordinary course of activity of the agencies concerned, and the necessity for admission of the document in this case. But that issue I do not determine.

[36] I turn now to the testimonial documents prepared for this proceeding, which are the two affidavits of Messrs. Northcott and Vickerman, and to the transcripts of testimony offered in other Canadian judicial proceedings, evidence of Mr. Keelan. It was urged on the basis of the principled exception to the hearsay rule enunciated in recent cases by the Supreme Court of Canada that these documents should be admitted. It is said they meet the threshold test of reliability sufficiently to ignore the lack of the possibility of cross-examination in these proceedings, and that they meet the test of necessity since if not admitted the evidence they provide will not be before the Court.

[37] Clearly, in this proceeding these testimonial documents are hearsay. In my opinion, the test for reliability is not met where documents are prepared as affidavits for legal proceedings in anticipation of cross-examination but ultimately none is possible.

relatif à la fiabilité lorsqu'il s'agit d'admettre les documents en preuve à titre de documents officiels et de documents établis dans le cours usuel et ordinaire des affaires ou d'une activité des organismes concernés.

[35] Toutefois, puisque j'ai statué que les documents établis en temps de guerre sont admissibles conformément à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, je ne rends aucune décision au sujet des autres fondements invoqués pour le compte du ministre à l'égard de leur admission, c'est-à-dire la *Loi sur la preuve* de l'Ontario ou la common law, ou encore l'exception fondée sur des principes que la Cour suprême du Canada a récemment élaborée. Si je ne m'étais pas prononcé sur leur admissibilité en me fondant sur l'article 30, j'aurais minutieusement examiné l'application de l'exception énoncée dans les arrêts *Smith, Khan* et *K.G.B.* en me fondant sur une évaluation de la fiabilité des documents, établis dans le cours usuel et ordinaire d'une activité des organismes concernés, ainsi que la nécessité d'admettre le document en l'espèce. Cependant, je ne me prononcerai pas sur la question.

[36] J'examinerai maintenant les documents testimoniaux préparés pour la présente instance, soit deux affidavits de MM. Northcott et Vickerman, et les transcriptions du témoignage présenté dans d'autres procédures judiciaires canadiennes par M. Keelan. Il est soutenu que, compte tenu de l'exception fondée sur des principes à la règle du oui-dire énoncée dans des arrêts récents de la Cour suprême du Canada, ces documents devraient être admis. Il est soutenu qu'ils satisfont suffisamment au critère préliminaire relatif à la fiabilité pour qu'il soit possible d'omettre de tenir compte du fait qu'il est impossible d'effectuer un contre-interrogatoire dans la présente instance, et qu'ils satisfont au critère de la nécessité étant donné que, s'ils ne sont pas admis, la Cour ne disposera pas des éléments de preuve qu'ils renferment.

[37] De toute évidence, dans la présente instance, ces documents testimoniaux constituent du oui-dire. À mon avis, le critère relatif à la fiabilité n'est pas satisfait lorsque les documents sont préparés à titre d'affidavits à l'égard de procédures judiciaires en

[38] Moreover, the test of necessity is not here met, in my opinion, either for the affidavits or the transcripts to be admitted. It is said the documents provide similar evidence to that already before the Court from other former visa control officers about the process of examining applicants for admission as immigrants to Canada from Germany. If similar evidence is now before the Court the test of necessity is not met, in my opinion. Moreover, where necessity is simply expressed in terms of an opportunity to have hearsay evidence admitted, that simply does not qualify as necessity as I read the cases. At the very least it must be established that the evidence in question is essential in relation to a matter in issue on which there is not similar evidence already before the Court.

[39] The documents in question are within the descriptions of “a record made . . . in contemplation of a legal proceeding”, in the case of the affidavits of Messrs. Northcott and Vickerman, or “transcripts . . . of evidence taken in the course of another legal proceeding”, both of which descriptions appear in subsection 30(10) of the *Canada Evidence Act*, as documents which are specifically stated not to be admitted under that section of the Act providing for admission of business records.

[40] I appreciate counsel for the applicant does not seek admission of the testimonial documents under section 30. Yet if Parliament was careful to exclude such documents from the exception provided by section 30 to the hearsay rule for qualified business records, it seems to me that it would be inappropriate that they now be admitted on the basis of the principled exception to the common law rule. It is my opinion that the testimonial documents in question are not admissible as evidence in this case, and I so ruled at the hearing.

prévision d'un contre-interrogatoire qui n'a en fin de compte pas lieu.

[38] En outre, à mon avis, le critère relatif à la nécessité n'est pas satisfait en l'espèce, de sorte que les affidavits ou les transcriptions ne sont pas admissibles. Il est soutenu que les documents renferment des éléments de preuve similaires à ceux que les anciens contrôleurs de visas ont déjà présentés à la Cour à l'égard de la procédure d'examen des demandeurs aux fins de leur admission à titre d'immigrants au Canada à partir de l'Allemagne. Si la Cour dispose maintenant d'éléments de preuve similaires, le critère relatif à la nécessité n'est, à mon avis, pas satisfait. En outre, lorsque la nécessité est simplement exprimée au point de vue de la possibilité de faire admettre une preuve par oui-dire, cela ne constitue tout simplement pas une nécessité, selon l'interprétation que je donne à la jurisprudence. Il faut tout au moins établir que l'élément de preuve en question est essentiel, en ce qui concerne un point litigieux et que la Cour ne dispose pas déjà d'autres éléments de preuve similaires.

[39] Les documents en question sont visés par les mots «une pièce [. . .] établie en prévision d'une procédure judiciaire» dans le cas des affidavits de MM. Northcott et Vickerman, ou des mots «transcription [. . .] de témoignages recueillis au cours d'une autre procédure judiciaire» qui figurent dans les deux cas au paragraphe 30(10) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à titre de documents qui, est-il expressément soutenu, ne devraient pas être admis en vertu de cette disposition de la Loi à titre de pièces commerciales.

[40] Je me rends bien compte que l'avocat du demandeur ne demande pas que les documents testimoniaux soient admis en vertu de l'article 30. Pourtant, si le législateur a veillé à exclure pareils documents de l'exception à la règle du oui-dire prévue à l'article 30 à l'égard des pièces commerciales admissibles, il me semble qu'il ne serait pas approprié de les admettre maintenant en se fondant sur l'exception fondée sur des principes à la règle prévue par la common law. À mon avis, les documents testimoniaux en question ne sont pas admissibles en preuve en l'espèce, et c'est ce que j'ai décidé à l'audience.

Conclusion

[41] I confirm directions rendered orally in relation to the documents in question that the applicant Minister seeks to have admitted as evidence. The so-called war documents, identified as numbers 3 to 17, 20 to 27, 60 to 64 and 68 to 75 on the applicant's list of Rule 920 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] documents produced in accord with the order of December 23, 1997 concerning procedures for these proceedings, are all admitted, subject to any possible future argument in regard to any document concerning relevance or probative value, or both. The testimonial documents, sought by the applicant to be admitted, are not admissible. Those documents are the affidavits of Messrs. Northcott and Vickerman, and the transcripts of testimony of Mr. Keelan from two prior reference proceedings. The miscellaneous documents in question herein are admitted except for number 55, the copy of the verdict, and its partial translation to English, of the Munich Regional Court I resulting from the trial of Dr. Kurt Christmann, dated March 25, 1981.

Conclusion

[41] Je confirme les directives données oralement à l'égard des documents en question que le ministre demandeur cherche à faire admettre en preuve. Les soi-disant documents de guerre, désignés sous les numéros 3 à 17, 20 à 27, 60 à 64 et 68 à 75, figurant sur la liste de documents du demandeur préparée en vertu de la Règle 920 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], produite conformément à l'ordonnance du 23 décembre 1997 à l'égard de procédures se rapportant à la présente instance, sont tous admis, sous réserve de tout plaidoyer qui pourra être présenté dans l'avenir au sujet de la pertinence ou de la valeur probante d'un document. Les documents testimoniaux que le demandeur cherche à faire admettre ne sont pas admissibles. Il s'agit des affidavits de MM. Northcott et Vickerman, et des transcriptions du témoignage que M. Keelan a présenté dans deux renvois antérieurs. Les documents divers en question sont admis, à l'exception du document n° 55, soit la copie du verdict rendu par la Cour régionale de Munich I lors du procès que M. Kurt Christmann, en date du 25 mars 1981, et de la version anglaise de ce document.