

T-453-00  
2002 FCT 269

T-453-00  
2002 CFPI 269

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Plaintiff*)

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

v.

c.

**Jacob Fast** (*Defendant*)

**Jacob Fast** (*défendeur*)

*INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. FAST (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. FAST (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Pelletier J.—Toronto, February 27 and 28; Ottawa, March 11, 2002.

Section de première instance, juge Pelletier—Toronto, 27 et 28 février; Ottawa, 11 mars 2002.

*Evidence — Motion to introduce into record commission evidence — Defendant objecting to introduction of certain identification, hearsay evidence — During interviews in Ukraine, witnesses shown photo lineup from which asked to identify defendant — Defendant not having original photographs, only poor photocopy thereof while commission evidence being taken — Federal Court Rules, 1998, r. 228 providing right of access to originals of documents disclosed by other party; requiring party to provide copies on request, payment of costs — Implicit therein that copies must be usable for intended purpose — Photocopy of such poor quality not suitable for trial preparation, cross-examination — Onus on party providing copy to ensure fit for use — Interests of fairness requiring exclusion of identification evidence — Fundamental to application of principled approach to hearsay evidence that person whose evidence tendered identifiable, necessity and reliability of out-of-court statement be established — As comrades-in-arms whose evidence tendered unknown, evidence not admissible.*

*Preuve — Requête visant à faire verser au dossier la preuve recueillie par commission rogatoire — Le défendeur s'oppose à la production d'une certaine preuve d'identification et d'une certaine preuve par oui-dire — Au cours d'entrevues réalisées en République d'Ukraine, un étalement de photos a été montré aux témoins afin qu'ils identifient le défendeur — Au moment de l'audition de la preuve par la commission, le défendeur ne disposait pas des photos originales mais seulement d'une photocopie de piètre qualité — La règle 228 des Règles de la Cour fédérale (1998) accorde le droit d'accès aux documents originaux divulgués par l'autre partie; il y a obligation de fournir des copies lorsqu'une partie les demande et acquitte les frais y afférents — Cette règle laisse sous-entendre que ces copies doivent pouvoir servir à l'usage auquel elles sont destinées — Une photocopie de qualité médiocre ne peut convenir aux fins de la préparation du procès ou du contre-interrogatoire — Il incombe à la partie qui fournit les reproductions de s'assurer qu'elles conviennent à l'usage qui doit en être fait — L'équité ne peut être garantie que par l'exclusion de la preuve d'identification — Dans l'application de l'analyse fondée sur des principes de la preuve par oui-dire, il est essentiel que la personne dont la preuve est présentée par le témoin soit identifiable et que la nécessité et la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire de cette personne soient établies — Comme l'identité des compagnons d'armes dont la preuve est présentée par une autre personne n'est pas connue, cette preuve n'est pas admissible.*

This was a motion to introduce into the trial record commission evidence taken in the Ukraine. At the Minister's request, the RCMP commenced an investigation into allegations against the defendant. A number of witnesses were interviewed in the Ukraine, during the course of which they were shown a series of photographs (photo lineup) from which they were asked to identify the defendant. Further to an undertaking on examination for discovery, the RCMP file was

Il s'agit d'une requête visant à faire verser au dossier de l'instruction la preuve recueillie par commission rogatoire en République d'Ukraine. À la demande du ministre, la GRC a commencé à faire enquête relativement aux allégations à l'endroit du défendeur. Un certain nombre de témoins ont été entendus en République d'Ukraine. Au cours de ces entrevues, une série de photos (un étalement de photos) a été montrée à certains témoins afin qu'ils identifient le défendeur. Par suite

disclosed to the defendant's counsel two or three days before he left for Ukraine for the commission hearings, but the original photo lineup was neither in the file, nor was it available to counsel while the commission evidence was being taken. Instead a poor photocopy of the lineup was produced in response to the defendant's demand for production. Under *Federal Court Rules, 1998*, rule 228 a party has the right of access to the originals of the documents disclosed by the other party and has the right to take copies. Where a request for copies is made and the attendant costs paid, a party is obliged to provide copies. The defendant objected to the introduction of the identification evidence because, without the original lineup, or copies of the photos of quality comparable to the originals, he could not adequately cross-examine these witnesses. The defendant also objected to the introduction of certain hearsay evidence from one of the witnesses as to what some of his comrades-in-arms had said about the defendant's wartime activities.

*Held*, the evidence taken on commission should be admitted into the trial record as though it had been given before the Court, except for the passages dealing with the identification of the defendant by the witnesses and the hearsay evidence.

The production of the photographs means production of copies of sufficient quality to be put to witnesses in the course of trial preparation and as they gave their evidence before the commission. The photocopy which was produced was of such poor quality that in some cases the details of the person's face could not be distinguished. The photocopy was not suitable for use in trial preparation or cross-examination and to that extent, the undertaking was not satisfied. This is not importing a new requirement into the law as to production of documents, but merely clarifies what is implicit in rule 228, i.e. that the copies must be usable for their intended purpose. Illegible copies of documents would not satisfy the obligation imposed since the party requesting the copies would derive no benefit from the possession of those copies. The same is true of photographs. The onus is on the party providing the copies to ensure that they are fit for use.

There was no obvious reason why the contents of the RCMP file were not included in the Minister's affidavit of documents. The fact that the documents were subsequently produced supported this. The Minister was not limited to

d'un engagement pris à l'interrogatoire préalable, le contenu du dossier de la GRC a été communiqué à l'avocat du défendeur deux ou trois jours avant que ce dernier se rende en République d'Ukraine pour prendre part aux audiences de la commission, mais l'étalement de photos originales ne se trouvait pas dans le dossier et il n'a pas non plus été mis à la disposition des avocats pendant l'audition de la preuve par la commission. Une photocopie de piètre qualité de l'étalement de photos a été produite en réponse à la demande de production du défendeur. En vertu de la règle 228 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, une partie a le droit d'avoir accès aux documents originaux divulgués par l'autre partie et de les reproduire. Lorsqu'une partie demande des copies et acquitte les frais afférents, l'autre partie a l'obligation de fournir ces copies. Le défendeur s'est opposé à la production de la preuve d'identification en alléguant que sans les photos originales ou des reproductions de qualité comparable à celles-ci, il lui avait été impossible de contre-interroger les témoins de manière convenable. Le défendeur s'est également opposé à la production d'une certaine preuve par oui-dire de l'un des témoins relativement à ce que certains de ses compagnons d'armes lui avaient dit au sujet des activités du défendeur en temps de guerre.

*Jugement*: la preuve recueillie par commission rogatoire sera admise comme si elle avait été entendue par la Cour, à l'exclusion toutefois des passages en rapport avec l'identification du défendeur par les témoins et de la preuve par oui-dire.

La production des photos suppose la production de photocopies de qualité suffisante pour permettre un interrogatoire serré des témoins durant la préparation du procès et à l'audition de la preuve par la commission. La qualité de la photocopie produite était tellement médiocre qu'il était, dans certains cas, impossible de distinguer les traits du visage de la personne. Dans la mesure où cette photocopie n'était pas convenable aux fins de la préparation du procès ou du contre-interrogatoire, l'engagement n'a pas été respecté. L'objectif recherché n'est pas d'ajouter une nouvelle exigence à la règle en matière de production des documents, mais simplement de clarifier ce qui est implicite dans cette règle, à savoir que les copies doivent pouvoir servir à l'usage auquel elles sont destinées. Des copies illisibles ne satisferaient pas à l'obligation imposée par la règle 228 puisque la partie qui demande les copies ne pourrait en tirer aucun avantage. Il en va de même avec des photos. Il incombe à la partie qui fournit les reproductions de s'assurer qu'elles conviennent à l'usage qui doit en être fait.

Il n'y a pas de raison manifeste expliquant pourquoi le contenu du dossier de la GRC n'a pas été inclus dans l'affidavit des documents du ministre. Le fait que les documents aient été produits par la suite a confirmé cet

passing on what was produced to her.

The overriding issue was fairness to the defendant. The Minister's failure of disclosure created a situation in which the interests of fairness will only be served by the exclusion of the identification evidence. When confronted with inadequate production, alternate arrangements and cross-examination on the basis of a different photo lineup could not easily be made, and if counsel had cross-examined the witnesses on the issue of identification he risked strengthening the identification evidence while being deprived of the best opportunity to weaken it. The only evidence which was implicated by the inadequate production was the identification evidence.

The admissibility of hearsay evidence is assessed under the principled approach to hearsay, which subjects the evidence to the tests of reliability and necessity. The person whose evidence is being tendered through the witness must be identifiable, and the necessity and reliability of that person's out-of-court statement must be established. Where the person or persons are unknown, there is no basis for an assessment of the necessity and reliability of the statement. Consequently since their identity was unknown, the principled approach to the hearsay rule would not permit the admission of the evidence of the witness' comrades-in-arms through his mouth.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24(2).

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 227, 228, 232.

#### 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.

##### CONSIDERED:

*R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419; 110 C.C.C. (3d) 445; 2 C.R. (5th) 82; 93 O.A.C. 115 (C.A.); *R. v. Branco* (1988), 41 C.C.C. (3d) 248; 62 C.R. (3d) 371; 25 O.A.C. 73 (Ont. C.A.).

argument. Le ministre n'était pas limité à divulguer ce qu'il avait obtenu.

En fin de compte, ce qui importe, c'est l'équité envers le défendeur. Le défaut de divulgation du ministre a créé une situation dans laquelle l'équité ne peut être garantie que par l'exclusion de la preuve d'identification. Aux prises avec une production de documents médiocre, l'avocat du défendeur se trouvait dans une position où d'autres arrangements pour l'entrevue et le contre-interrogatoire des témoins avec un étalement de photos différent pouvaient difficilement être réalisés. S'il contre-interrogeait les témoins relativement à l'identification du défendeur, il risquait de renforcer la preuve d'identification alors qu'il se voyait privé de la meilleure occasion de l'affaiblir. La seule preuve touchée par la médiocrité de la production des documents est la preuve d'identification.

L'admissibilité de la preuve par ouï-dire est appréciée suivant une analyse fondée sur des principes, qui assujettit cette preuve aux critères de fiabilité et de nécessité. La personne dont la preuve est présentée par le témoin doit être identifiable. De plus, la nécessité et la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire de cette personne doivent être établies. Lorsque la ou les personnes sont inconnues, il n'y a pas d'assise pour une appréciation de la nécessité et de la fiabilité de la déclaration. Par conséquent, comme leur identité n'était pas connue, l'analyse fondée sur des principes de la règle du ouï-dire ne permettrait pas l'admission du témoignage des compagnons d'armes du témoin par l'entremise de ce dernier.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch.11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24(2).

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 227, 228, 232.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*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.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419; 110 C.C.C. (3d) 445; 2 C.R. (5th) 82; 93 O.A.C. 115 (C.A.); *R. v. Branco* (1988), 41 C.C.C. (3d) 248; 62 C.R. (3d) 371; 25 O.A.C. 73 (C.A. Ont.).

## REFERRED TO:

*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. K.G.B.*, [1993] 1 S.C.R. 740 (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 61 O.A.C. 1; 148 N.R. 241.

MOTION to introduce into the trial record the evidence taken on commission. Motion allowed except for passages dealing with the identification of the defendant by the witnesses, and hearsay evidence as to the defendant's wartime activities.

## APPEARANCES:

*Peter A. Vita, Q.C.* and *Catherine C. Vasilaros* for plaintiff.

*Michael Davies* and *Harald A. Mattson* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.

*Bayne, Sellar, Boxall*, Ottawa, for defendant.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[1] PELLETIER J.: The Court has before it a motion to introduce into the trial record the evidence taken on commission in the city of Zaporozhye, Republic of Ukraine, in August 2001. The motion is opposed by counsel for Mr. Fast as to the evidence of the witnesses Fomin, Kudin and Kopayevskaya. Counsel's primary objection to this evidence is the fact that the witnesses Fomin and Kudin had been shown a photo lineup in the course of interviews by the Minister's representatives. The production of that photo lineup had been demanded by counsel for Mr. Fast. The document which was produced was a poor photocopy of six photographs. Counsel took the position that without the original photo lineup, or copies of the photos of quality comparable to the originals, he could not adequately cross-examine these witnesses. With respect to the witness Kopayevskaya, counsel objected to her evidence going in because she had identified a photograph of Jacob Fast

## DÉCISIONS CITÉES:

*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. K.G.B.*, [1993] 1 R.C.S. 740 (1993), 79 C.C.C. (3d) 257; 19 C.R. (4th) 1; 61 O.A.C. 1; 148 N.R. 241.

REQUÊTE visant à faire verser au dossier de l'instruction la preuve recueillie par commission rogatoire. La requête est accueillie, à l'exclusion toutefois des passages en rapport avec l'identification du défendeur par les témoins et la preuve par ouï-dire concernant les activités du défendeur en temps de guerre.

## ONT COMPARU:

*Peter A. Vita, c.r.* et *Catherine C. Vasilaros* pour le demandeur.

*Michael Davies* et *Harald A. Mattson* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Bayne, Sellar, Boxall*, Ottawa, pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE PELLETIER: La Cour est saisie d'une requête visant à faire verser au dossier de l'instruction la preuve recueillie par commission rogatoire à Zaporojie, en République d'Ukraine, en août 2001. L'avocat de M. Fast conteste cette requête relativement aux témoignages des témoins Fomine, Koudine et Kopayevskaia. Son opposition principale quant au témoignage des témoins Fomine et Koudine découle du fait qu'un étalement de photos leur a été montré au cours de l'entrevue qu'ils ont eue avec les représentants du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre). La production de ces photos a été demandée par l'avocat de M. Fast. Le document produit consistait en une photocopie de piètre qualité de six photos. L'avocat de M. Fast a allégué que sans les photos originales ou des reproductions de qualité comparable à celles-ci, il lui avait été impossible de contre-interroger les témoins de manière convenable. En ce qui a trait à

before the commission, after having been shown a single photograph by the Minister's representatives in pre-hearing interviews. Counsel took the position that such identification evidence was so unreliable as to be inadmissible. Counsel also objected to this evidence going in on the basis of his inability to cross-examine the witness with the photo lineup in hand.

[2] The photograph which was identified by the witnesses is said to be an enlargement of a photograph which appears on a document which was disclosed to the defendant. Counsel for Mr. Fast objects to the fact that the enlarged photograph was not referred to in the Minister's affidavit of documents. Counsel says that if he had known of the existence of the enlarged photo, he could have used it in his witness interviews. Furthermore because it is not referred to in the affidavit as to documents, the Court has a discretion to refuse to allow it to be used in evidence pursuant to rule 232 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106.

[3] Counsel for Mr. Fast also objects to the introduction of certain hearsay evidence from the witness Kudin to the effect that some of his comrades-in-arms told him, after the war, that Mr. Fast was the chief of the SD in Zaporozhye. Counsel argues that the evidence does not meet the requirements of the principled approach to hearsay evidence laid down by the Supreme Court of Canada in the trilogy of cases on the admissibility of hearsay evidence: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; and *R. v. K.G.B.*, [1993] 1 S.C.R. 740.

[4] The Minister responds by pointing out that even the authorities relied upon by Mr. Fast make the point that if there are deficiencies in the identification evidence, the proper course is to admit the evidence and to take the deficiencies into account when weighing the evidence. This would be the case whether the witnesses were shown a photo lineup or a single photograph before giving their evidence. As for the question of production of the photo lineup, the Minister disclosed what she<sup>1</sup> received from the RCMP when she received

M<sup>me</sup> Kopayevskaia, l'avocat s'est opposé à la production de son témoignage parce que, devant la commission, elle a identifié Jacob Fast sur une photo après que les représentants du ministre lui eurent montré une seule photo au cours des entrevues préparatoires. L'avocat a fait valoir que cette preuve d'identification était tellement peu fiable qu'elle devait être considérée inadmissible. Il s'est également opposé à l'admission de cette preuve pour le motif qu'il lui avait été impossible de contre-interroger le témoin avec la série de photos en mains.

[2] La photo retenue par les témoins est un agrandissement d'une photo qui apparaît dans un document divulgué au défendeur. L'avocat de M. Fast s'élève contre le fait que l'affidavit de documents du ministre ne faisait aucune mention de cet agrandissement. Il affirme que s'il avait été mis au courant de l'existence de cet agrandissement, il aurait pu l'utiliser dans ses entretiens avec les témoins. En outre, comme l'affidavit de documents ne fait aucune mention de l'agrandissement, la Cour peut à sa discrétion refuser qu'il serve d'élément de preuve, en vertu de la règle 232 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106.

[3] L'avocat de M. Fast s'oppose également à la production d'une certaine preuve par ouï-dire du témoin Koudine, qui a mentionné que certains de ses compagnons d'armes lui avaient dit, après la guerre, que M. Fast était le chef du SD à Zaporojie. L'avocat soutient que cette preuve ne satisfait pas aux critères de l'analyse fondée sur des principes qui a été élaborée par la Cour suprême du Canada dans la trilogie des arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; et *R. c. K.G.B.*, [1993] 1 R.C.S. 740, relativement à l'admission de la preuve par ouï-dire.

[4] Le ministre répond en soulignant que même la jurisprudence sur laquelle M. Fast s'appuie affirme qu'en cas d'irrégularités dans la preuve d'identification, la démarche normale consiste à admettre cette preuve et à prendre en compte les irrégularités au moment de l'appréciation. Que les témoins aient vu une série de photos ou une seule photo avant leur témoignage ne modifierait en rien cette position. Sur la question relative à la production des photos de l'étalement, le ministre<sup>1</sup> affirme avoir transmis ce qu'il a reçu de la

it. She says she could do no more. Finally, counsel for the Minister rejects the suggestion that the photograph identified by the witnesses should be excluded because it was not disclosed on the Minister's affidavit as to documents. He says that the document from which the photograph was taken was disclosed and that the enlargement is simply a reproduction, albeit a larger one, of a disclosed document.

[5] With respect to the admission of the hearsay evidence of Mr. Kudin as to Mr. Fast's wartime activities, counsel for the Minister indicates that the evidence does meet the requirements of the principled approach to the admission of hearsay evidence: it is necessary because of the death of so many of the potential witnesses and it is reliable because the "comrades-in-arms" had no reason to lie about Mr. Fast's wartime activities.

[6] The facts, as they emerge from the various affidavits before the Court, are relatively simple. When the allegations against Mr. Fast came to the attention of the Minister, she referred the matter to the RCMP for investigation. They interviewed a number of witnesses in the Republic of Ukraine, usually in the presence of Mr. Daniel Poulin, a lawyer in the War Crimes Unit of the Department of Justice. In the course of those interviews, the transcripts of which were disclosed to counsel for Mr. Fast, some of the witnesses were shown a photo line up, that is, a series of photographs, from which they were asked to identify Mr. Fast. At the examination for discovery of Mr. Baker on behalf of the Minister, in June 2001, an undertaking was given to produce the contents of the RCMP file, including the photo lineup. In August 2001, Mr. Poulin received a copy of the RCMP file which he reviewed and subsequently disclosed to counsel for Mr. Fast two or three days before the latter left Canada for Ukraine for the commission hearings. The original photo lineup was not in the file which the RCMP provided to the Minister's counsel, nor were the original photos available to either counsel while the commission evidence was being taken.

[7] In the course of cross-examination of the witnesses Fomin, Kudin and Kopayevskaya, counsel for

GRC au moment où il l'a reçu. Il mentionne qu'il ne pouvait faire plus. Finalement, l'avocat du ministre rejette l'idée que la photo retenue par les témoins devrait être exclue pour le motif qu'elle ne figurait pas sur l'affidavit de documents. Il affirme que le document à partir duquel la photographie a été extraite a été divulgué et que l'agrandissement est une simple reproduction, quoique plus grande, d'un document divulgué.

[5] Quant à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire de M. Koudine relativement aux activités de M. Fast en temps de guerre, l'avocat du ministre affirme que cette preuve satisfait aux exigences de l'analyse fondée sur des principes quant à l'admission de la preuve par ouï-dire: elle est nécessaire en raison du décès d'un très grand nombre de témoins potentiels et elle est fiable parce que les «compagnons d'armes» n'avaient aucune raison de mentir au sujet des activités de M. Fast en temps de guerre.

[6] Tel qu'il ressort des différents affidavits présentés à la Cour, les faits sont relativement simples. Lorsque les allégations à l'endroit de M. Fast ont été portées à l'attention du ministre, il a demandé à la GRC de faire enquête. Un certain nombre de témoins ont été entendus en République d'Ukraine, le plus souvent en présence de M<sup>e</sup> Daniel Poulin, avocat à la Section des crimes de guerre du ministère de la Justice. Au cours de ces entrevues, dont les transcriptions ont été transmises à l'avocat de M. Fast, un étalement de photos, soit une série de photos, a été montré à certains témoins afin qu'ils identifient M. Fast. Lors de son interrogatoire préalable en juin 2001, M. Baker, représentant du ministre, s'est engagé à produire le contenu du dossier de la GRC, y compris la série de photos. En août 2001, M<sup>e</sup> Poulin a reçu une copie du dossier de la GRC. Après en avoir fait l'examen, il en a communiqué le contenu à l'avocat de M. Fast deux ou trois jours avant que ce dernier se rende en République d'Ukraine pour prendre part aux audiences de la commission. L'étalement original ne se trouvait pas dans le dossier fourni à l'avocat du ministre par la GRC et les photos originales n'étaient pas à la disposition des avocats pendant l'audition de la preuve par la commission.

[7] Au cours du contre-interrogatoire des témoins Fomine, Koudine et Kopayevskaia, l'avocat de la

the defence took the position that he was unable to adequately cross-examine the witnesses due to the unavailability of the photo lineup and that he reserved his right to oppose the introduction of the witness' evidence on that basis at the trial.

[8] Dealing with the primary objection first, the issue of faulty identification arose in *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419. In that case, the Ontario Court of Appeal dealt with identification evidence which was said to have been obtained inappropriately. In considering the use to be made of such evidence the Court said the following, at page 429:

The use of inappropriate pretrial identification procedures does not render the subsequent identification inadmissible unless it is the subject-matter of an appropriate and successful application under s. 24(2) of the *Charter*. But, it is a factor affecting the weight of the evidence. There may be other evidence or other circumstances which serve to otherwise validate the witness's identification.

[9] In the present case, it is no answer to say that since there has been no application under subsection 24(2) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]] to exclude the evidence, it must go in. The application which is before the Court is the application for exclusion; the fact that it is not based on the Charter cannot, by itself, be fatal to the application.

[10] Furthermore, the issue is not whether the Minister produced a document in respect of her undertaking but whether the document produced was capable of satisfying the undertaking. The document or documents in issue are the photographs used for the photo lineup. These photographs are relevant for two purposes, to put to witnesses in the course of trial preparation, and to put to witnesses as they gave their evidence before the commission. Consequently, production of the photographs means production of copies of sufficient quality to be put to those uses. The photocopy which was produced was of such poor quality that in some cases, the details of the person's

défense a fait valoir qu'il lui était impossible de faire son travail convenablement parce qu'il ne disposait pas des photos utilisées pour l'étalement, et qu'il se réservait le droit de contester la production de la preuve de ces témoins en invoquant cet argument à l'instruction.

[8] Se penchant d'abord sur l'objection principale, la Cour examine la question d'identification irrégulière. Dans l'arrêt *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée sur une preuve d'identification soi-disant obtenue de façon inappropriée. Considérant l'utilisation de cette preuve, elle a mentionné ce qui suit à la page 429:

[TRADUCTION] L'utilisation préalable à l'instruction de procédures d'identification inappropriées ne rend pas inadmissible une identification subséquente, à moins qu'elle ne soit écartée par suite d'un recours fondé sur le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Toutefois, ce facteur influence la valeur probante de la preuve. Il peut exister d'autres éléments de preuve ou d'autres circonstances servant autrement à valider l'identification faite par le témoin.

[9] Dans la présente affaire, on ne peut invoquer l'absence d'un recours en l'irrecevabilité de la preuve au sens du paragraphe 24(2) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] pour soutenir que la preuve doit être admise. Le recours dont la Cour est saisie est une demande visant l'exclusion d'éléments de preuve; le fait que cette demande n'est pas fondée sur la Charte ne peut en soi être fatal.

[10] Qui plus est, la question n'est pas de savoir si le ministre a produit un document suite à son engagement, mais plutôt de savoir si le document qu'il a produit se conformait à son engagement. Le ou les documents en question sont en fait les photos utilisées pour l'étalement. Ces photos sont utiles à deux fins: pour procéder à un interrogatoire serré des témoins durant la préparation du procès et pour procéder à un interrogatoire serré des témoins au moment de l'audition de la preuve par la commission. Par conséquent, la production des photos suppose la production de photocopies de qualité suffisante pour permettre ces utilisations. La qualité de la photocopie produite était

face could not be distinguished. In my view, the photocopy was not suitable for use in trial preparation or cross-examination and to that extent, the undertaking was not satisfied.

[11] This is not importing a new requirement into the law as to production of documents but merely clarifying what is implicit in the rule. Rule 228 of the *Federal Court Rules, 1998*, deals with the inspection of disclosed documents and the taking of copies of those documents:

228. (1) Subject to rule 230, a party who has served an affidavit of documents on another party shall, during business hours, allow the other party to inspect and, where practicable, to copy any document referred to in the affidavit that is not privileged, if the document is

(a) in the possession of the party; or

(b) in the power or control of the party and the other party requests that it be made available because the other party cannot otherwise inspect or copy it.

(2) A party who has served an affidavit of documents on another party shall, at the request of the other party, deliver to the other party a copy of any document referred to in subsection (1), if the other party pays the cost of the copies and of their delivery.

[12] It is clear that a party has the right of access to the originals of the documents disclosed by the other party and has the right to take copies. Where a request for copies is made and the attendant costs paid, a party is obliged to provide copies. But it is implicit in this that the copies must be usable for their intended purpose. Illegible copies of documents would not satisfy the obligation imposed by rule 228 since the party requesting the copies would derive no benefit from the possession of those copies. The same is true of photographs. The onus is on the party providing the copies to see that they are fit for use.

[13] It is said in the Minister's defence that she produced what she was given. *Nemo dat quod non*

tellement médiocre qu'il était, dans certains cas, impossible de distinguer les traits du visage de la personne. À mon avis, dans la mesure où cette photocopie n'était pas convenable aux fins de la préparation du procès ou du contre-interrogatoire, l'engagement n'a pas été respecté.

[11] L'objectif recherché ici n'est pas d'ajouter une nouvelle exigence à la règle en matière de production des documents, mais simplement de clarifier ce qui est implicite dans cette règle. La règle 228 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* traite de l'examen des documents divulgués et de leur reproduction. Cette règle est rédigée comme suit:

228. (1) Sous réserve de la règle 230, la partie qui a signifié à une autre partie son affidavit de documents lui permet d'examiner et, si possible, de reproduire, pendant les heures de bureau, tout document mentionné dans cet affidavit, si aucun privilège de non-divulgence n'est revendiqué à l'égard du document et si celui-ci est:

a) soit en sa possession;

b) soit sous son autorité ou sous sa garde, et que l'autre partie demande d'y avoir accès parce qu'elle ne pourrait autrement l'examiner ou le reproduire.

(2) La partie qui a signifié son affidavit de documents à une autre partie lui remet des copies de tout document visé au paragraphe (1) si celle-ci lui en fait la demande et paie le coût de reproduction et de livraison des copies.

[12] Il est évident qu'une partie a le droit d'avoir accès aux documents originaux divulgués par l'autre partie et de les reproduire. Lorsqu'une partie demande des copies et acquitte les frais afférents, l'autre partie a l'obligation de fournir ces copies, ce qui laisse sous-entendre que les copies doivent pouvoir servir à l'usage auquel elles sont destinées. Des copies illisibles ne satisferaient pas à l'obligation imposée par la règle 228 puisque la partie qui demande les copies ne pourrait en tirer aucun avantage. Il en va de même avec des photos. Il incombe à la partie qui fournit les reproductions de s'assurer qu'elles conviennent à l'usage qui doit en être fait.

[13] Le ministre réplique qu'il a produit ce qu'il avait reçu. *Nemo dat quod non habet*. Nul ne peut donner ce



*habet*. You can't give what you haven't got. The premise of the argument is that the documents were not documents within the Minister's power or control and therefore not subject to disclosure, and therefore not subject to production. The RCMP's investigation was undertaken at the Minister's request, and the results of the investigation were made known to the Minister. In the absence of a claim of privilege (which has not been advanced) there is no obvious reason why the contents of the RCMP file were not included in the Minister's affidavit of documents. The fact that the documents were subsequently produced supports this argument. In the result, I am not satisfied that the Minister was limited to passing on what was produced to her.

[14] In the ordinary course of events, the remedy for inadequate disclosure is a bar on the use of a document which was not disclosed, or in extreme cases, the striking of a party's pleadings: see rules 227 and 232 of the *Federal Court Rules, 1998*. In this case, the Minister does not seek to introduce the photo lineup into evidence. The remedy of striking the Minister's pleadings is disproportionate to the inadequacies of production. Counsel for Mr. Fast seeks another remedy which is to exclude the testimony of the witnesses whose evidence could not be challenged because of the failure of production.

[15] The application is based upon counsel's position that he could not adequately challenge the identification evidence by cross-examination as a result of the failure of production of the photo lineup. It is important to note that this is not a question of impossibility of cross-examination. The witness was before the commission, under oath and available to be cross-examined. Counsel could have cross-examined and had he done so, may well have shaken or weakened the identification of Mr. Fast. But if he did so, it was without the benefit of the documents which would make cross-examination most effective. If he managed to compromise the identification to some extent, his argument for the exclusion of the evidence would be met by the riposte that he could show no prejudice since he had in fact attenuated the force of the identification evidence. This puts counsel to a fundamentally unfair choice of

qu'il n'a pas. Cet argument a comme prémisse que les documents n'étaient pas sous l'autorité ou sous la garde du ministre et, conséquemment, qu'ils ne pouvaient faire l'objet ni d'une divulgation ni d'une production. L'enquête de la GRC a été entreprise à la demande du ministre et les résultats lui ont été communiqués. En l'absence d'une revendication de privilège (aucun n'a été invoqué en l'espèce), il n'y pas de raison manifeste expliquant pourquoi le contenu du dossier de la GRC n'a pas été inclus dans l'affidavit des documents du ministre. Le fait que les documents aient été produits par la suite confirme cet argument. Par conséquent, je ne souscris pas à l'argument selon lequel le ministre était limité à divulguer ce qu'il avait obtenu.

[14] Dans le cours normal des choses, la réparation pour divulgation inadéquate consiste dans l'interdiction de l'utilisation du document non divulgué ou, dans les cas extrêmes, dans la radiation des actes de procédure d'une partie. Voir les règles 227 et 232 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Dans la présente affaire, le ministre ne cherche pas à produire en preuve les photos utilisées pour l'étalement. La suppression des actes de procédure du ministre comme réparation serait disproportionnée par rapport à l'insuffisance de la production. L'avocat de M. Fast demande plutôt l'exclusion de certaines parties des témoignages des témoins contenant des éléments de preuve qui n'ont pu être contestés en raison du défaut de production.

[15] La demande est fondée sur l'argument selon lequel l'avocat de M. Fast ne pouvait pas vérifier convenablement la preuve d'identification par contre-interrogatoire en raison du défaut de production des photos utilisées pour l'étalement. Il importe de noter que la question n'est pas de savoir si le contre-interrogatoire a été rendu impossible. Le témoin était sous serment devant la commission et il était possible de le contre-interroger. L'avocat aurait pu contre-interroger le témoin et, ce faisant, il aurait peut-être bien ébranlé ou affaibli l'identification de M. Fast. Mais, s'il le faisait, il le faisait sans l'assistance des documents qui lui auraient permis de contre-interroger plus efficacement les témoins. S'il parvenait dans une certaine mesure à affaiblir l'identification, on aurait opposé à son argument d'exclusion de la preuve le fait qu'il n'avait subi aucun préjudice parce qu'il était

alternatives.

[16] Had the difficulties with disclosure occurred in the course of the trial rather than in the course of taking commission evidence, it is said that the defendant would have been entitled to request an adjournment for the purpose of obtaining adequate disclosure. The trial would then have resumed with counsel in possession of the photo lineup. Because these problems came to light in Ukraine and the photo lineup was not with counsel for the Minister, it was impossible to adopt this course of action. Should that now result in the exclusion of the evidence?

[17] The status of commission evidence was considered in *R. v. Branco* (1988), 41 C.C.C. (3d) 248 (Ont. C.A.) where the following appears at page 253:

It is quite clear that the accused has no concern with respect to the commission evidence unless and until it is tendered at his trial. The Crown has the discretion to decide whether or not to tender the evidence and, if it decides to introduce it, to determine at what stage it will do so. The use of this discretion is an exercise of the control the Crown has over the conduct of its own case. However, in my view, once the evidence is tendered, then it becomes a part of the trial. If it develops that there were defects in the taking of that evidence, then those defects are as significant in the taking of the commission evidence as they would be if they had occurred at trial.

[18] The conclusion which is urged upon the Court is that since an adjournment was not possible in Ukraine, and since the defendant is entitled to a remedy, the only fair outcome is to exclude the evidence which counsel says could not be adequately tested by cross-examination as a result of inadequate production of documents.

[19] In the end result, the overriding issue is fairness to the defendant. Has the Minister's failure of disclosure created a situation in which the interests of fairness will only be served by the exclusion of the identification

en fait parvenu à atténuer la force de la preuve d'identification. Cette situation a fait en sorte que l'avocat était confronté à des choix fondamentalement injustes.

[16] Si le problème de divulgation s'était posé en cours d'instruction et non pendant les audiences de la commission, on allègue que le défendeur aurait eu le droit de demander un ajournement afin d'obtenir une divulgation adéquate. À la reprise de l'instruction, l'avocat aurait alors été en possession de la série de photos. Compte tenu du fait que ces problèmes sont survenus en Ukraine et que l'avocat du ministre n'était pas en possession de ces photos, il était impossible d'adopter cette ligne de conduite. Cette situation doit-elle maintenant avoir pour conséquence l'exclusion de la preuve?

[17] La question de la valeur de la preuve recueillie par commission rogatoire a été examinée dans l'arrêt *R. v. Branco* (1988), 41 C.C.C. (3d) 248 (C.A. Ont.), dans lequel on peut lire ce qui suit à la page 253:

[TRADUCTION] Il est incontestable que la preuve recueillie par commission rogatoire n'a pas d'incidence sur l'accusé tant qu'elle n'est pas présentée à son procès. La Couronne a le pouvoir discrétionnaire de décider si cette preuve doit être présentée ou non et, le cas échéant, à quelle étape elle le sera. L'utilisation de ce pouvoir discrétionnaire est l'exercice du droit que la Couronne possède de présenter sa preuve comme elle l'entend. Cependant, à mon avis, une fois cette preuve présentée, elle fait partie intégrante du procès. En cas d'allégations d'irrégularités dans l'administration de la preuve recueillie par commission rogatoire, ces irrégularités revêtent la même importance que si elles étaient survenues au procès.

[18] Puisqu'un ajournement était impossible en Ukraine et puisque le défendeur a droit à une réparation, l'avocat du défendeur conclut devant la Cour que la seule solution équitable consiste dans l'exclusion de la preuve, laquelle, dit-il, ne pouvait être vérifiée convenablement par contre-interrogatoire en raison de l'insuffisance de la production des documents.

[19] En fin de compte, ce qui importe, c'est l'équité envers le défendeur. Le défaut de divulgation du ministre a-t-il créé une situation dans laquelle l'équité ne peut être garantie que par l'exclusion de la preuve

evidence? In my view it has, a conclusion to which I come for the following reasons:

- Upon the undertaking being given that the photo lineup would be disclosed, counsel for Mr. Fast was entitled to assume that he would have the photo lineup available for interviewing and cross examination of witnesses.

- When confronted with the inadequate production, counsel for the defendant was in the position where alternate arrangements for interviewing and cross-examination on the basis of a different photo lineup could not easily be made.

- While counsel still had the opportunity to cross-examine the witnesses on the issue of identification, by doing so he risked strengthening the identification evidence while being deprived of the best opportunity to weaken it. Putting counsel to such a choice is inherently unfair.

- While there is a broad judicial preference for admitting impugned evidence, leaving its weight to be determined in light of the challenges made, this evidence as it stands is entitled to no weight. It has not been tested by cross-examination for reasons which I find are valid. It concerns the identification of a person last seen some 50 years ago, a situation of inherent unreliability. And, the circumstances giving rise to this situation could have been avoided.

[20] Counsel for the defendant has asked that the entire evidence of the witnesses Fomin, Kudin and Kopayevskaya be excluded. It is clear from the discussion above that the only evidence which is implicated by the inadequate production is the identification evidence. There is no justification for excluding anything other than the identification evidence. As a result, there will be an order admitting the evidence taken on commission into the trial record as though it had been given before the Court, save for the identification evidence given by the witnesses Fomin, and Kudin. The particular passages to be

d'identification? J'estime devoir répondre par l'affirmative. J'en arrive à cette conclusion pour les motifs suivants:

- Avec l'engagement du ministre de divulguer les photos utilisées pour l'étalement, l'avocat de M. Fast avait le droit de présumer qu'il pourrait en disposer pour l'entrevue et le contre-interrogatoire des témoins.

- Aux prises avec une production de documents médiocre, l'avocat du défendeur se trouvait dans une position où d'autres arrangements pour l'entrevue et le contre-interrogatoire des témoins avec un étalement de photos différent pouvaient difficilement être réalisés.

- Même si l'avocat du défendeur avait encore la possibilité de contre-interroger les témoins relativement à l'identification de son client, ce faisant il risquait de renforcer la preuve d'identification alors qu'il se voyait privé de la meilleure occasion de l'affaiblir. Confronter l'avocat à ce choix était fondamentalement injuste.

- Même si la préférence générale des tribunaux est d'admettre une preuve dont la recevabilité est attaquée, pour ensuite apprécier sa valeur à la lumière des contestations faites, la preuve en l'état actuel n'a aucune valeur probante. Elle n'a pas été vérifiée par contre-interrogatoire et ce, pour des motifs que j'estime valables. Elle concerne l'identification d'une personne vue pour la dernière fois il y a environ 50 ans, une situation fondamentalement incertaine. Et les circonstances qui ont donné lieu à cette situation auraient pu être évitées.

[20] L'avocat du défendeur a demandé que la déposition complète des témoins Fomine, Koudine et Kopayevskaia soit exclue. Il ressort clairement de ce qui précède que la seule preuve touchée par la médiocrité de la production des documents est la preuve d'identification. Il n'y a aucune raison d'exclure d'autres éléments que la preuve d'identification. Par conséquent, la Cour ordonnera que la preuve recueillie par commission rogatoire soit admise comme si elle avait été entendue par la Cour, à l'exclusion de la preuve d'identification donnée par les témoins Fomine et Koudine. Les passages particuliers à exclure seront

excluded will be settled when the transcripts are tendered.

[21] Slightly different considerations apply to the evidence of Kopayevskaya who was not shown the photo lineup but was shown one photo only. That photo was before the Court and was available to be used in cross-examination. Consequently, one could argue that the defendant was not prejudiced here as he was in the case of the other two witnesses. On the other hand, the availability of the photo lineup would have permitted a more effective cross-examination and more effective pre-hearing interview of the witness. The defendant was entitled to have the benefit of the use of those documents in respect of all identification witnesses, not simply those to whom it had been put. The identification evidence of the witness Kopayevskaya will also be excluded, with the specific passages to be excluded identified when the transcripts are tendered.

[22] The last issue is the hearsay evidence given by the witness Kudin that after the war, his comrades-in-arms told him that Jacob Fast was the head of the SD in Zaporozhye. This is clearly hearsay evidence which comes within the exclusionary rules which formerly occupied such a large part of treatises on the law of evidence. The admissibility of hearsay evidence is now to be assessed under the principled approach to hearsay, which subjects the evidence to the tests of reliability and necessity. It is said that this evidence is admissible because the comrades-in-arms who made the statement are either dead or unavailable, which satisfies the criterion of necessity, and they had no reason to lie about Mr. Fast, which satisfies the criterion of reliability.

[23] Counsel for Mr. Fast points out that since we do not know who these comrades-in-arms were, we do not know if they are dead or unavailable. After all, Mr. Kudin was available to testify. And as for any motive for lying, without knowing who they are, how can one

précisés lorsque la transcription sera devant la Cour.

[21] Des considérations quelque peu différentes s'appliquent à l'égard de la déposition du témoin Kopayevskaia, à qui on a montré une seule photo, au lieu de l'étalement complet. Cette photo a été produite devant la Cour et elle était disponible pour le contre-interrogatoire. Par conséquent, il pourrait être allégué que le défendeur n'a pas subi de préjudice relativement à la déposition de ce témoin, comparativement à celle des deux autres témoins. Par contre, la disponibilité des photos utilisées pour l'étalement aurait permis un contre-interrogatoire et une entrevue préparatoire des témoins plus efficaces. Le défendeur avait le droit de tirer parti de l'utilisation de ces documents avec tous les témoins de la preuve d'identification, et non seulement avec ceux à qui ils avaient été montrés. La preuve d'identification du témoin Kopayevskaia sera également exclue. Les passages particuliers de son témoignage à exclure de la transcription seront déterminés lorsque celle-ci sera devant la Cour.

[22] La dernière question concerne la preuve par ouï-dire donnée par le témoin Koudine qui a rapporté que des compagnons d'armes lui avaient dit, après la guerre, que Jacob Fast avait été le chef du SD à Zaporojie. Il s'agit manifestement d'une preuve par ouï-dire qui satisfait aux règles d'exclusion dont il était jadis grandement question dans les traités de droit de la preuve. L'admissibilité de la preuve par ouï-dire doit désormais être appréciée suivant une analyse fondée sur des principes, qui assujettit cette preuve aux critères de fiabilité et de nécessité. On prétend que cette preuve est admissible parce que les compagnons d'armes qui ont fait cette déclaration sont décédés ou incapables de témoigner, ce qui satisfait au critère de nécessité, et qu'ils n'avaient aucune raison de mentir au sujet de M. Fast, ce qui satisfait au critère de fiabilité.

[23] L'avocat de M. Fast fait remarquer que puisque nous ne savons qui étaient ces compagnons d'armes, nous ne pouvons dire s'ils sont décédés ou incapables de témoigner. Par contre, M. Koudine était disponible pour témoigner. Et, en ce qui a trait aux raisons de mentir, si

say what their motives were?

[24] The principled approach to the admissibility of hearsay evidence must confront the same problem which the old exclusionary rules were intended to address. Hearsay evidence is the tender of an out-of-court statement in proof of the contents of the statement. The difficulty which arises is that the witness who is before the court ends up putting in the evidence of a person who is not before the court and is not available to be cross-examined. In *Khan, supra*, the issue was whether a mother should be allowed to testify as to what her daughter had said to her about events which occurred in the accused physician's office when the mother was absent from the room. While the testimony came from the mouth of the mother, it was in fact the child's evidence. The test of reliability and necessity was applied to evidence of the child, at page 542:

Lord Pearce's four tests may be resumed in two general requirements: necessity and reliability. The child's statement to the mother in this case meets both these general requirements as well as the more specific tests. Necessity was present, other evidence of the event, as the trial judge found, being inadmissible. The situation was one where, to borrow Lord Pearce's phrase, it was difficult to obtain other evidence. The evidence also bore strong indicia of reliability. T. [the child] was disinterested, in the sense that her declaration was not made in favour of her interest. She made the declaration before any suggestion of litigation. And beyond doubt she possessed peculiar means of knowledge of the event of which she told her mother.

[25] It is therefore fundamental to the application of the principled approach to hearsay that the person whose evidence is being tendered through the witness be identifiable, and that the necessity and reliability of that person's out-of-court statement be established. Where the person or persons are unknown, there is simply no basis for an assessment of the necessity and the reliability of the statement. Consequently, the principled approach to the hearsay rule would not permit the admission of the evidence of Mr. Kudin's comrades-in-arms through his mouth. The passage to be excluded

nous ne savons pas qui sont ces compagnons d'armes, comment peut-on dire qu'ils n'en avaient aucune?

[24] L'analyse fondée sur des principes de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire doit aborder de front le même problème pour lequel les anciennes règles d'exclusion avaient été élaborées. La preuve par ouï-dire est la présentation d'une déclaration extrajudiciaire comme preuve du contenu de la déclaration. Le problème qui se pose est que le témoin présent devant le tribunal donne en fin de compte le témoignage d'une personne qui n'est pas devant le tribunal et qui ne peut pas être contre-interrogée. Dans l'arrêt *Khan* précité, la question était de savoir si une mère devait être autorisée à témoigner concernant ce que sa fille lui avait dit à propos de faits qui étaient survenus en son absence dans le bureau du médecin accusé. Même si le témoignage avait été fourni par la mère, il était en fait celui de l'enfant. Les critères de fiabilité et de nécessité avaient été appliqués au témoignage de l'enfant de la manière suivante, à la page 542:

Les quatre critères de lord Pearce peuvent se ramener à deux exigences générales: la nécessité et la fiabilité. En l'espèce, la déclaration de l'enfant à sa mère satisfait à ces exigences générales ainsi qu'aux critères plus précis. Il y avait nécessité puisque, comme le juge du procès l'a conclu, les autres éléments de preuve de l'événement étaient inadmissibles. Pour reprendre les propos de lord Pearce, la situation comportait une difficulté d'obtenir d'autres éléments de preuve. Le témoignage comportait également des indices sérieux de fiabilité. T. [l'enfant] était désintéressée, en ce sens que sa déclaration ne servait pas son intérêt personnel. Elle a fait la déclaration avant même qu'il ne soit question de litige. Et il ne fait pas de doute qu'elle avait des moyens de connaissance particuliers de l'événement dont elle a fait part à sa mère.

[25] Dans l'application de l'analyse fondée sur des principes de la preuve par ouï-dire, il est donc essentiel que la personne dont la preuve est présentée par le témoin soit identifiable et que la nécessité et la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire de cette personne soient établies. Lorsque la ou les personnes sont inconnues, il n'y a tout simplement pas d'assise pour une appréciation de la nécessité et de la fiabilité de la déclaration. Par conséquent, l'analyse fondée sur des principes de la règle du ouï-dire ne permettrait pas l'admission du témoignage des compagnons d'armes de M. Koudine

will be identified when the transcript of the commission evidence is tendered to the Court.

#### ORDER

[26] The evidence taken on commission at the city of Zaporozhye, in the Republic of Ukraine is to be introduced into the record of the trial of this matter except for the passages dealing with the identification of Jacob Fast by the witnesses Fomin, Kudin and Kopayevskaya, with such passage to be identified upon the tender of the transcripts of the evidence.

---

<sup>1</sup> The individual occupying the office of Minister of Citizenship and Immigration changed in the course of these proceedings. To avoid changing the gender of the pronoun by which reference is made to the Minister according to which of the two office holders is being referred to (which would be technically correct but distracting), all reference to the Minister shall be in the gender of the occupant of the office at the time these proceedings began.

par l'entremise du témoignage de ce dernier. Le passage à exclure sera précisé lorsque la transcription de la preuve recueillie par commission rogatoire sera présentée à la Cour.

#### ORDONNANCE

[26] La preuve recueillie par commission rogatoire à Zaporojie, en République d'Ukraine, sera versée au dossier de l'instruction de la présente affaire, à l'exclusion des passages en rapport avec l'identification de Jacob Fast par les témoins Fomine, Koudine et Kopayevskaia. Ces passages seront précisés lorsque la transcription de la preuve aura été obtenue.

---

<sup>1</sup> Le masculin sera utilisé pour désigner le ministre, indépendamment du fait qu'une femme a occupé ce poste pendant une partie du temps qu'ont duré ces procédures.