Le témoignage est-il vrai et fiable? Une "nouvelle" façon de juger les témoins : Les enseignements que Sylva Clapin nous offre au moyen de sa nouvelle « Un vieux »

Gilles Renaud

(Cour de justice de l'Ontario : 1995-2024)

Le 29 octobre 2026

Propos introductifs

Ce document vise à appuyer le travail de la magistrature en rapport aux constats de fait, le pain quotidien des juges de première instance, en introduisant de façon systématique dans l'examen des faits les aperçus que nous offrent les écrivains au moyen de nouvelles, contes et autres courts récits. Cette source d'enseignements riches qu'est la littérature me semble trop souvent négligée par la magistrature, et je m'évertue à remédier à cette lacune par cet article, ceux déjà parus et ceux qui vont suivre.[1]

Ce document de travail cite un extrait de cette nouvelle de ce journaliste et écrivain bien connu pour son dictionnaire, lequel illustre bien une des lacunes de la preuve du comportement, la croyance que l'on peut aisément déceler des gestes qui sont presque imperceptibles, d'une part, pour être en mesure de bien interpréter leur sens, d'autre part. Il y va de la franchise, d'une part, mais surtout de la fiabilité du témoin qui se croit en mesure de bien comprendre le langage gestuel d'autrui, les deux qualités du témoignage qui sont au cœur de notre champ d'intérêt.[2]

---

[1] La lectrice est invitée à revoir le premier document de cette série, intitulé « Le témoignage est-il vrai et fiable? Une nouvelle façon de juger les témoins: Les enseignements de Marcel Aymé que nous offre sa nouvelle 'Et le monde continua' », en date du 21 octobre 2026. Je ne vais pas répéter le cœur des paragraphes introductifs, par souci de réduire le nombre de pages de ce document.

[2] Pour atteindre notre objectif d'appuyer le travail quotidien des juges, la lectrice doit envisager que ce que l'auteur a couché sur papier et notamment les paroles et les pensées qu'il attribue à ses personnages sont « jouées » devant la Cour, tout comme s'il s'agissait d'un procès.

Discussion thématique

Un survol du passage du récit qui identifie cet élément controversé de la preuve du comportement

> Xavier Patenaude, sa lanterne à la main, rentra à pas hâtifs dans sa chambre, puis, s'approchant du lit, il poussa sa femme en lui soufflant à voix basse :
>
> – Allons ! Mélie, lève-toi. Ça y est, le père a passé.
>
> Du coup, la femme se dressa, et sur ses traits durs, encore tout bouffis de sommeil, son mari crut voir comme une flamme de joie. [Nous avons souligné]

La preuve du comportement – *"le violon d'Ingres"* du soussigné

Je poursuis mes enseignements en matière de la preuve du comportement depuis des décennies, visant à soulever des objections de principe en rapport à son influence en matière de poursuites criminelles. À ce sujet, notons que Jurisource met à votre disposition d'autres documents de travail que j'ai rédigés et qui pourraient venir en aide à la magistrature, répertoriés sous le titre « La preuve du comportement (Articles) » et des titres connexes[3]. Voir aussi mes textes, L'évaluation du témoignage Un juge se livre, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 2008, aux pages 99-161, et La plaidoirie – Un juge se livre, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 2017, aux pages 107-121, Demeanour Evidence on Trial: A Legal and Literary Criticism, Sandstone Academic Press, Melbourne, Australie, 2008

---

[3] La preuve du comportement – un examen à la lumière des enseignements de la Cour canadienne de l'impôt – Jurisource.ca - le 14 février 2022; La preuve du comportement: Les enseignements de l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.* à la lumière du roman Le contrat de mariage de Balzac – la question des « cillements » des témoins – Jurisource.ca - le 3 février 2022; La preuve du comportement – les enseignements de la Cour d'appel de l'Ontario du 7 janvier du 7 janvier 2022 à la lumière du roman de Balzac La maison du chat-qui-pelote – la question du témoin « calme » et du témoin « agressif » - Jurisource.ca – le 27 janvier 2022; La preuve du comportement: ce que Balzac enseigne aux plaideurs à la lumière du roman Eugénie Grandet – la question du voile, du visage et de la voix, Jurisource.ca, 24 janvier 2022; Le comportement dans l'appréciation du témoignage : un examen de la jurisprudence (1900-1910) pour guider les avocates d'aujourd'hui – Jurisource.ca – le 9 mars 2022; Le comportement dans l'appréciation du témoignage : un examen de la jurisprudence (1850-1899) pour guider les avocates d'aujourd'hui – Jurisource.ca – le 2 mars 2022, La preuve du comportement – un examen à la lumière des enseignements de la Cour fédérale – Jurisource.ca – le 21 février 2022, et, enfin, La plaidoirie et l'examen des grands principes visant l'appréciation du comportement du témoin, Jurisource, le 5 avril 2016.

et Advocacy: A Lawyer's Playbook, Thomson Carswell, Toronto, 2006, aux pages 35-66.

Il est opportun de revoir l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, et d'autres jugements à ce sujet, avant d'examiner l'extrait dont il est question.

Le comportement – la jurisprudence qui nous « lie » aujourd'hui

« Il n'y a pas d'art — pour découvrir
sur le visage les dispositions de l'âme »
Macbeth – Shakespeare – 1-iv-11

Introduction

Il sera utile à ce stade d'offrir à la lectrice une définition sommaire de la preuve du comportement afin d'orienter votre lecture des enseignements que cite ce document de travail. Citons en premier l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville*), [1989] 1 R.C.S. 705. Comme s'exprime l'honorable juge L'Heureux-Dube :

> 245 … une cour d'appel qui n'a ni vu ni entendu les témoins et, à ce titre, est incapable d'apprécier leurs gestes, regards, hésitations, tremblements, rougeurs, surprise ou bravade, ne saurait substituer son opinion à celle du juge du procès dont c'est précisément la tâche difficile de séparer l'ivraie du bon grain, de scruter les reins et les cœurs pour tenter de découvrir la vérité…

De plus, il est propice de rappeler les commentaires qui suivent, que l'on trouve au jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, au par. 26 :

> [26] Les changements dans le comportement du témoin peuvent s'avérer fort révélateurs; dans *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas a fait remarquer ce qui suit:
>
> > [TRADUCTION] … il existe des cas [...] où le comportement du témoin change radicalement au cours de sa déposition. Le regard qui dit "j'espérais ne pas avoir à répondre à cette question", parfois même un regard de pure haine porté sur l'avocat par un témoin qui a manifestement l'impression d'être pris au piège, peuvent être expressifs. Cela vaut également pour les changements brusques dans l'élocution, l'expression du visage ou le langage corporel. Le témoin qui passe d'une élocution calme au bafouillage nerveux; le témoin qui, au départ, parlait clairement et regardait son interlocuteur droit dans les yeux et qui commence à hésiter et à regarder ses pieds; le témoin qui, à un moment donné, devient nerveux et commence à transpirer, voilà autant d'exemples de situations où, malgré les obstacles culturels et linguistiques, le témoin

> transmet, du moins en partie par l'expression de son visage, un message concernant sa crédibilité. [par. 78]

Il s'agit d'un chapelet des éléments qui donne lieu à des conclusions quant à la preuve du comportement, mais on peut envisager plusieurs chapelets! Poursuivons. Un jugement, du nom de *Gebreselasse c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2021 FC 865, nous fait part des observations utiles à ce sujet de la juge Gleason, telle était son titre à cette époque, à ce sujet:

> 53 Dans la décision *Rahal c Canada (Citoyenneté et Immigration*), 2012 CF 319 aux paragraphes 41 à 46, la juge Mary Gleason, comme elle l'était à l'époque, a résumé les principes clés concernant l'évaluation de la crédibilité et a donné des exemples de motifs pour justifier des conclusions relatives à la crédibilité. Par exemple, lorsqu'il existe des contradictions dans la preuve, en particulier dans le témoignage du demandeur, et que ces contradictions doivent être réelles et non pas banales ou illusoires. Un autre exemple est le comportement du témoin, y compris ses hésitations, le manque de précision de ses propos et le fait qu'il modifie ou étoffe sa version des faits (avec la mise en garde qu'il est préférable qu'il y ait des faits objectifs additionnels pour justifier les conclusions relatives à la crédibilité basées sur le comportement). La juge Gleason a ajouté que le décideur doit formuler des conclusions claires sur la crédibilité de façon suffisamment détaillée. [Soulignement ajouté.]

Pour nos fins, la notion du comportement s'entend des éléments de preuve « silencieuses » notamment les hésitations du témoin, même si certaines hésitations sont captées par la sténographe judiciaire, surtout lorsque le témoin balbutie, mais non d'un témoignage vague ou qui est modifié. Dans de tels cas, il s'agit d'une analyse du fond du témoignage, et non de sa présentation. L'extrait que nous sommes à analyser n'est ni n'enregistré, ni susceptible d'être bien vu (et perçu) sauf pour celles très bien situées par rapport à l'objet de leurs observations.

De toute façon, la cour analyse le tout, évidemment, mais un palier d'appel est bien situé pour revoir les constats de faits qui se fondent sur des dépositions que la transcription réussit à enregistrer.

J'ose croire qu'il sied de citer un dramaturge, un romancier, à ces fins, car la fiction nous livre des éléments multiples de la nature humaine et des gestes de tous les jours, hélas, qui illustrent des drames qui figurent à l'affiche, pour ainsi dire, des cours civiles, criminelles, de famille, et ainsi de suite. Et, partant, que les juges doivent évaluer ces scénarios pour déclarer enfin « qui a dit la vérité, si tel est le cas ». Yves Thériault, merveilleux conteur et romancier, a accordé à un de ses personnages un don qui fait l'envie de tous les membres de la magistrature lorsqu'il a offert à Shelpesht « l'herbe de

la vérité » et « l'herbe du mensonge », plantes merveilleuses qui accordent à leurs détenteurs la faculté de lire dans les pensées d'autrui afin d'y déceler les paroles qui sont vraies et celles qui, au contraire, sont fausses![4]

Les lectrices qui en sont à leurs premières armes au niveau de l'examen d'un témoignage à titre de juges pourraient vraisemblablement poser la question : pourquoi ces renvois au monde de la littérature? Notre réponse est la suivante : il s'agit d'une richesse inestimable pour celles dont la charge exige de juger leurs pairs. Le doyen John H. Wigmore a écrit à ce sujet :

> The lawyer must know human nature. He [or she] must deal understandingly with its types and motives. These he [or she] cannot all find close around … For this learning he [or she] must go to fiction which is the gallery of life's portraits.[5]

Par ailleurs, les allusions au monde littéraire sont assez fréquentes dans les jugements des disciples de Thémis. Un exemple suffit à ce sujet : « Un menteur est toujours prodigue de serments », écrit Corneille dans la pièce *Le Menteur*.[6] Toutefois, demandez-vous la question si une juge est en mesure bi bien conclure un constat de fait en citant ce qui suit : le prévenu est coupable car il possède "… des yeux de voleur."[7]

Nous sommes donc rendus au stade de l'examen de l'arrêt de principe, soit *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726. Ce jugement est toujours l'arrêt de principe quant à la recevabilité et la pertinence de la preuve du comportement. La juge en chef McLaughlin a signé le jugement majoritaire, dans le cadre d'une formation de sept juges, ayant obtenu le concours des juges Deschamps, Fish et Cromwell, jugement qui prône que le comportement est fort utile pour apprécier de la crédibilité d'un témoin.

---

4 Voir le conte *L'herbe de tendresse* dans le recueil portant le même nom, vlb éditeur, 1983, Montréal, à la page 54.

5 Voir "A List of One Hundred Legal Novels", (1922) 17 *Ill. L. Rev*. 26, à la page 31.

6 On trouve cette citation au paragraphe 62 de l'arrêt *Mayrand c. La Reine*, [1989] J.Q. no. 1070, 25 Q.A.C. 208 (C.A.). Voir l'article du soussigné *in* Jurisource, « L'enquêtrice qui désire faire ses classes doit se rendre au théâtre et étudier les leçons que lui offre la pièce 'Le menteur' de Pierre Corneille », le 5 juin 2024.

7 Citant le roman, La conquête de Plassans, d'Émile Zola, ch. 10.

Le jugement majoritaire nous informe de ce qui suit au paragr. 3 :

> 3 Pour les motifs qui suivent, je conclus que la personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une instance criminelle sera obligée de l'enlever si les deux conditions suivantes sont respectées :
>
> a) l'obligation qui lui est faite d'enlever le niqab est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque [nous avons souligné];
>
> b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion.

De poursuivre la juge en chef au paragr. 25 :

> 25 Le fait que la personne témoigne à visage voilé peut également empêcher le juge des faits, qu'il s'agisse du juge ou du jury, d'apprécier la crédibilité du témoin. Selon un principe bien établi du contrôle en appel, il convient de faire montre de déférence envers le juge des faits pour ce qui est des questions de crédibilité en raison de l'"énorme avantage" qu'ont les juges (et les jurés) de voir et d'entendre les témoins au procès -- un avantage que la transcription des témoignages ne peut pas offrir : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 24; voir également *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, p. 272; *R. c. W. (R.*), [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131. On affirme que cet avantage découle de la possibilité d'évaluer le comportement du témoin, c'est-à-dire de voir la façon dont il témoigne et réagit au contre-interrogatoire. [Nous avons souligné.]

L’énoncé de principe qui suit est repris dans une foule de jugements :

> [26] Les changements dans le comportement du témoin peuvent s'avérer fort révélateurs; dans *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas a fait remarquer ce qui suit:
>
> > [TRADUCTION] … il existe des cas [...] où le comportement du témoin change radicalement au cours de sa déposition. Le regard qui dit "j'espérais ne pas avoir à répondre à cette question", parfois même un regard de pure haine porté sur l'avocat par un témoin qui a manifestement l'impression d'être pris au piège, peuvent être expressifs. Cela vaut également pour les changements brusques dans l'élocution, l'expression du visage ou le langage corporel. Le témoin qui passe d'une élocution calme au bafouillage nerveux; le témoin qui, au départ, parlait clairement et regardait son interlocuteur droit dans les yeux et qui

> commence à hésiter et à regarder ses pieds; le témoin qui, à un moment donné, devient nerveux et commence à transpirer, voilà autant d'exemples de situations où, malgré les obstacles culturels et linguistiques, le témoin transmet, du moins en partie par l'expression de son visage, un message concernant sa crédibilité. [par. 78]
>
> [27] Au vu du dossier qui nous est présenté, je conclus qu'il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable. La possibilité de voir le visage du témoin n'est pas le seul — et probablement pas le plus important — facteur à prendre en considération dans le contexte du contre-interrogatoire ou de l'appréciation exacte de la crédibilité. Toutefois, son importance est trop enracinée dans notre 4 système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante.

Cela étant, la juge en chef a déclaré ce qui suit en ce qui a trait à la question épineuse donnant lieu au pourvoi, à savoir si le fait de voir le visage du témoin aide à en apprécier la crédibilité et est important pour la tenue d'un procès équitable. Voir les paragr. 27, 41, 42, 43, 46 et 48 qui fournissent une réponse affirmative à cette question, selon divers volets, et dont les enseignements sont repris en enfilade :

> 27 Au vu du dossier qui nous est présenté, je conclus qu'il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable. La possibilité de voir le visage du témoin n'est pas le seul -- et probablement pas le plus important -- facteur à prendre en considération dans le contexte du contre-interrogatoire ou de l'appréciation exacte de la crédibilité. Toutefois, son importance est trop enracinée dans notre système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante. [Soulignement ajouté.]
>
> 41 … Cela dit, les juges doivent se garder de surestimer leur capacité de bien apprécier la crédibilité d'un témoin ou de croire que l'impossibilité de voir le visage du témoin n'aura pas d'incidence sur le contre-interrogatoire, sur la base de la première impression qu'ils se font d'une personne dont ils ne peuvent voir le visage.[8] [Nous avons souligné.]

---

[8] De fait, on cite *sub silencio* les enseignements du juge en chef Bowman, dans le cadre de plusieurs jugements, notamment *Faulkner c. Ministre du revenu national*, 2006 CC1 239. Nous jetterons plus loin un éclairage fort utile quant à ces jugements.

42 La Cour d'appel a également indiqué que, dans un procès avec jury, il est possible de neutraliser le préjudice causé par l'impossibilité de voir le visage du témoin en donnant une directive correctrice au jury. Toutefois, une mise en garde s'impose. Une directive correctrice ne permet guère de remédier à un contre-interrogatoire lacunaire ou à une appréciation de la crédibilité qui aurait été entravée par l'impossibilité de voir le visage du témoin. [Soulignement ajouté.]

43 … Cependant, même lorsque l'équité du procès est en jeu, l'importance du témoignage pourrait influer sur l'appréciation que se fait le juge du risque posé par la dissimulation du visage du témoin… [Nous avons souligné.]

46 J'ai proposé que, dans les affaires comme celle en l'espèce, les tribunaux devraient traiter du conflit entre les droits en trouvant un équilibre juste et approprié entre la liberté de religion et le droit à un procès équitable. Il s'ensuit que, si la personne appelée à témoigner porte le niqab en raison d'une croyance religieuse sincère, le juge devrait lui ordonner de l'enlever si le fait de le porter pose un risque sérieux d'atteinte au droit à un procès équitable, s'il n'y a aucune mesure permettant d'éviter le conflit entre les deux droits et si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables. Cette approche suit la voie empruntée par la Cour dans les cas où il y a conflit entre des droits : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979 et 986-987; *Dagenais*, p. 878; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 2. [Soulignement ajouté.

48 … Les tenants de cette position, dont plusieurs intervenants, ont répondu que le port du niqab a peu ou pas d'incidence sur le contre-interrogatoire et l'appréciation de la crédibilité, et qu'il ne porte donc pas atteinte au droit de l'accusé -- ni à l'intérêt de l'État -- à un procès fondamentalement équitable. Comme je l'ai déjà mentionné, cette réponse va à l'encontre des présomptions profondément enracinées dans la pratique criminelle en *common law* et dans le *Code criminel*, ainsi que de l'opinion judiciaire acceptée selon laquelle le fait de voir le visage du témoin aide à en apprécier la crédibilité et est importante pour la tenue d'un procès équitable. [Nous avons souligné.]

Au demeurant, les passages que nous avons soulignés tendent à établir sans ambiguïtés que le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada déclare que le comportement livre une preuve cruciale sans quoi l'évaluation du témoignage ne saurait être réussie. Quant au juge Lebel, il était d'avis que le port du niqab devait être proscrit pour des raisons qui dépassent de loin la question de l'évaluation de la crédibilité des témoins et il n'a donc pas discuté de façon approfondie du bien-fondé de la théorie selon laquelle le contre-interrogatoire puisse être rendu nul dans le cas d'un témoin portant un voile. Le juge Rothstein a donné son aval aux motifs concordants du juge LeBel.

La juge Abella, dissidente, a cherché à étudier le comportement afin de démontrer que les soi-disant avantages qu'on lui octroi au niveau de la crédibilité, à savoir, de jeter un éclairage utile quant aux vraies pensées du témoin, sont exagérés et ne devraient donc pas faire obstacle au port du niqab.[9] En résumé, le comportement peut parfois donner des résultats concrets en ce qui traite de l'évaluation du témoignage, mais il faut faire preuve de retenue, retenue qui ne justifie aucunement l'enlèvement d'un article religieux. Pour bien orienter les lectrices qui désirent poursuivre des recherches portant sur le comportement, nous avons reproduit des extraits des enseignements contenus dans le cadre des motifs dissidents.

Ainsi, la juge Abella a écrit:

> 82 J'admets sans réserve qu'il est préférable de voir plus que moins les expressions faciales des témoins. Ce que je ne suis pas disposée à admettre, toutefois, c'est que le fait de voir moins les expressions faciales du témoin empêche un juge ou un accusé d'apprécier sa crédibilité au point qu'il faille contraindre une plaignante à choisir entre ses droits religieux et sa faculté de témoigner contre une personne qui l'aurait agressée. Une telle solution pourrait également porter atteinte aux droits d'une accusée, qui peut se trouver à devoir choisir entre ses droits religieux et la présentation d'un témoignage pour sa propre défense. Le système judiciaire présente nombre d'exemples où les tribunaux acceptent les dépositions de personnes qui ne peuvent témoigner dans des conditions idéales à cause d'un handicap visuel, oral ou auditif. Je n'arrive pas à voir pourquoi les femmes qui témoignent en portant le niqab devraient être traitées différemment. [Soulignement ajouté.]
>
> …

---

[9] Voir notre article : La preuve du comportement: ce que Balzac enseigne aux plaideurs à la lumière du roman Eugénie Grandet – la question du voile, du visage et de la voix », Jurisource.ca, 24 janvier 2022.

> 91 Il ne fait aucun doute qu'on peut évaluer plus facilement le comportement d'un témoin lorsqu'on est à même d'en examiner l'ensemble des éléments : le visage, le langage corporel, la voix, etc. Il ne fait aucun doute non plus qu'idéalement, nous nous attendons, et ce depuis longtemps, à voir le visage du témoin durant sa déposition. Cela ne revient cependant pas à conclure qu'il est impossible de bien apprécier la crédibilité d'un témoin si l'on ne peut pas observer l'ensemble des éléments de son comportement. [Nous avons souligné.]
>
> …
>
> 99 En outre, la possibilité d'évaluer le comportement du témoin est un élément important de l'équité du procès, mais de nombreux tribunaux ont souligné qu'elle est d'une utilité limitée pour tirer des conclusions exactes quant à la crédibilité. Par exemple, dans *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que le fait de se fonder sur [TRADUCTION] "l'apparence de sincérité [...] [mènerait à] une conclusion purement arbitraire, et la justice dépendrait alors des meilleurs acteurs venus témoigner" (p. 356). Selon la cour, le comportement "n'est qu'un des éléments qui touchent à la crédibilité [...] d'un témoin", auxquels s'ajoutent les faits que le témoin a pu connaître, ses facultés d'observation, son jugement, sa mémoire et son aptitude à décrire clairement ce qu'il a vu ou entendu (p. 356 et 357). [Soulignement ajouté.]

Relevons aussi le commentaire qui suit, tiré du jugement de la juge Abella, dissidente, au paragr. 107 de *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, mais qui s’appuie sur un jugement unanime qui n’a pas été critiqué par la suite, à notre connaissance, soit celui rendu par le juge en chef adjoint Morden dans *R. c. Levogiannis*, (1990) 1 O.R. (3d) 351 (C.A.) :

> 107 Il appert de tout ce qui précède que l'équité du procès ne saurait raisonnablement exiger une déposition idéale d'un témoin parfait dans tous les cas, et que le comportement n'est qu'un des facteurs qui entrent dans l'appréciation de la crédibilité d'un témoin. [Nous avons souligné.]
>
> Quant au juge en chef adjoint Morden, il avait jugé que bien que la confrontation directe entre le procureur de la personne accusée et le témoin à charge est, [Traduction : d'une certaine façon, un droit, je ne crois pas que l'on puisse dire qu'[elle] constitue en soi un droit absolu qui traduit un précepte fondamental de notre système judiciaire. C'est un droit dont la portée est susceptible de restriction dans l'intérêt de la justice. » D’ajouter la Cour d’appel de l’Ontario :

> [Traduction] La raison d'être du droit serait qu'il est plus difficile de mentir au sujet d'une personne lorsqu'on la regarde droit dans les yeux. [...] [M]ais [...] il est difficile d'en faire un dogme et, dans certains cas [...] le contact visuel peut empêcher l'obtention d'un récit le plus véridique possible du témoin. C'est pourquoi je crois qu'il est plus exact de considérer ce droit comme étant 8 susceptible d'exceptions ou de restrictions plutôt que comme un droit fondamental ou absolu. [p. 367] [Soulignement de nous].

Plus tôt, au paragr. 106, la juge Abella a déclaré :

> 106 Le port du niqab ne fait que partiellement obstacle à l'évaluation du comportement. Le témoin portant un niqab peut néanmoins s'exprimer par son regard, son langage corporel et ses gestes. De plus, le niqab n'a aucune incidence sur la déposition orale du témoin, y compris le ton et l'inflexion de sa voix, le rythme de ses propos ou, plus important encore, la teneur de ses réponses. Contrairement au cas des déclarations faites à l'extérieur de la salle d'audience, il est toujours loisible à l'avocat de la défense de contre-interroger rigoureusement N.S. durant son témoignage.

Au demeurant, la Cour suprême ne s’est pas penchée sur cette question précise depuis, à savoir les tenants et aboutissants théoriques et pratiques de la preuve du comportement depuis cet arrêt de principes.

La question qui nous intéresse : peut-on se fier à ce que le mari a vu?

Par souci de commodité, il vaut de répéter cette citation : « … et sur ses traits durs, encore tout bouffis de sommeil, son mari crut voir comme une flamme de joie. » La lectrice y lit trois éléments : les traits durs de son épouse, qui témoignent de quoi au juste, sinon d’une personne comptant que peu d’amabilité; le fait que madame vient tout juste de s’éveiller, ce qui nous porte souvent a ne pas bien saisir ce que l’on cherche à entendre et à percevoir et, enfin, le bout de phrase qui introduit la possibilité qu’on a « crut » voir ce qui serait « une flamme de joie ».

Beaucoup de qualificatifs, n’est-ce pas, sans compter sur la nature aléatoire d’une observation qui est éteinte par suite du temps qu’exige une étincelle à être perçue, avant de s’éteindre.

En guise de conclusion

Selon moi, il est impossible de conclure qu'on puisse se fonder ou puiser de l'appui au sein des jugements cités pour l'adoption de ce brin de témoignage comme étant fidèle à la réalité et fiable. Tout au plus, la juge devrait conclure que le témoin a cru que peut-être son épouse a laissé voir une émotion qui pourrait être celle de la joie, et que cette émotion pourrait ne pas être en rapport avec les mots qu'il a dits et que son épouse pourrait fort bien ne pas avoir saisi, si même bien entendu, sans oublier le fait que madame démontrait peut-être sa joie du rêve qu'elle faisait il y a de ça des secondes…

Au demeurant, il se peut fort bien que ce genre de dossier soit du genre à « pousser » ou encourager la Cour suprême du Canada à déclarer qu'une preuve trop spéculative et subjective de ce genre ne saurait être classée sous le vocable de comportement ou même de preuve digne du nom et donc irrecevable.