

**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**

**Gilles Renaud**  
**Juge, cour de justice de l'Ontario**

**24 janvier 2022**

## **Introduction**

Ce document de travail a pour objectif de prêter main-forte aux plaideurs qui doivent appuyer ou infirmer la crédibilité et la fiabilité d'un témoin en se fiant au comportement de la personne devant la cour. Ce sujet m'intéresse depuis toujours,<sup>1</sup> et j'espère que le Barreau saura tirer profit de mes commentaires quelque peu critiques quant à la valeur de cet élément controversé de l'évaluation du témoignage. En effet, je suis d'avis, tout comme bon nombre de juges, plaideurs et professeurs de droit, qu'il faille faire preuve de grande retenue avant de se fier au comportement, en raison des moult lacunes que l'on relève dans le cadre d'un examen de la façon d'agir d'un témoin. Cela étant, ce document cherche non seulement à mettre en relief les incertitudes quant au comportement, il contient bon nombre d'extraits du roman Eugénie Grandet de Balzac que j'offre aux lectrices afin de démontrer de quelle façon l'élément clé du comportement, à savoir les descriptions du visage du témoin, offre très peu de renseignements objectifs et utiles à la juge dans l'analyse du témoignage et donc, peu d'outils aux plaideurs. Par ailleurs, ce document de travail identifie aussi des exemples tirés du roman de la voix d'un personnage, que nous faisons jouer le rôle de témoin pour nos fins, afin de démontrer qu'autant la perte du visage comme centre d'intérêt pour apprécier la crédibilité importe peu, le fait que le niqab ou masque sanitaire que porte un témoin ne nuit pas à la voix du témoin sert à compenser toute « perte » au niveau de l'analyse, si même il en est question.

---

<sup>1</sup> Voir Gilles Renaud, Advocacy : A Lawyer's Playbook, Thomson/Carswell, 2006, Toronto, aux pages 35-66, Demeanour Evidence on Trial : A Legal and Literary Criticism, Sandstone Academic Press, 2008, Melbourne, Australia, L'évaluation du témoignage : un juge se livre, Éditions Yvon Blais, 2008, Cowansville (Qc.) aux pages 99-161 et La plaidoirie : un juge se livre, Éditions Yvon Blais, 2017, Cowansville (Qc.) aux pages 107-121.

Il s'agit donc d'un document de travail ou je m'évertue à mettre en relief, autant que faire se peut, la perte de l'avantage de voir les traits du témoin en raison du voile ou masque avec la situation inchangée de la voix, véhicule au moyen duquel on dépose et qu'on cherche à expliquer le fond de l'histoire au moyen de la faculté de la parole.

Ainsi, d'entrée de jeu, ce document fait l'examen en enfilade des enseignements de la Cour suprême du Canada dans le cadre du jugement *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, pour ensuite évaluer l'aspect pratique de ces enseignements par le truchement de plusieurs renvois au roman Eugénie Grandet de Balzac.

### **Un examen de l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726**

**Peut-on lire, avec précision, les pensées du témoin en se fiant à leur comportement, notamment ce que révèle leur visage, faisant en sorte qu'un voile fait entrave à la justice?**

Relevons ce qui d'ores et déjà est bien entendu : la crainte que le port d'un voile, masque hygiénique ou autre objet qui cache le visage du témoin mine l'analyse du comportement par la juge en occultant les traits de la personne qui dépose fait de sorte qu'on doive ordonner l'enlèvement de cet objet afin que justice soit rendue. Comme de raison, si le comportement n'offre aucun aperçu révélateur quant à la crédibilité et la fiabilité d'un témoin, il sera de mise de faire fi aux objections fondées sur le fait qu'un témoin portant un niqab ou un voile lors de sa déposition fait entrave à l'analyse du comportement.

À titre introductif, le grand romancier Balzac nous vient en aide en raison de la phrase qu'il a signée dans son roman Eugénie Grandet : « [Eugénie] ... éprouvait déjà les effets de cette profonde pudeur et de cette conscience particulière de notre bonheur qui nous fait croire, non sans raison peut-être, que nos pensées sont gravées sur notre front<sup>2</sup> et sautent aux yeux d'autrui. »

---

<sup>2</sup> Comme de raison, la sueur au front est souvent jugée par les tribunaux à titre d'aveu coupable involontaire. À ce sujet, relevons que le jugement majoritaire dans l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, nous informe de ce qui suit au paragr. 26 : « ... 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... » Fait à noter, le 7 janvier 2022, deux jugements de la Cour d'appel livrant un enseignement utile quant à la preuve du comportement, à savoir *R. c. G.M.C.*, 2022 ONCA 2 et *R. c. Chacon-Perez*, 2022 ONCA 3, ont été publiés par deux formations distinctes et les deux citent le paragr. 26.

Aussi, non seulement cet illustre auteur est d'avis que d'aucuns sont en mesure de lire les pensées d'autrui en faisant l'examen du front, cet examen sera somme toute assez bref, car ces pensées sautent aux yeux d'autrui. Cela étant, il n'en demeure vrai que si ce pouvoir peut s'exercer par le commun des mortels, le port du niqab interdit ce constat en raison du fait que le front du témoin est caché par l'étoffe.

Est-ce que cette conclusion est retenue par la plupart des auteurs? À ce sujet, la citation connue de tous les plaideurs suit, extrait de Macbeth, Acte 1, sc. IV : « DUNCAN Il n'y a pas d'art — pour découvrir sur le visage les dispositions de l'âme : — c'était un gentilhomme sur qui j'avais fondé — une confiance absolue... Oh ! mon noble cousin ! » Plus loin, à la cinquième scène, Lady Macbeth ajoute ce complément de renseignements : « Oh ! jamais — le soleil ne verra ce demain ! — Votre visage, mon thane, est comme un livre où les hommes — peuvent lire d'étranges choses... Pour tromper le monde, — paraissez comme le monde : ayez la cordialité dans le regard, — dans le geste, dans la voix ; ayez l'air de la fleur innocente, — mais soyez le serpent qu'elle couvre. Il faut pourvoir — à celui qui va venir ; et c'est moi que vous chargerez — de dépêcher la grande affaire de cette nuit, — qui, pour toutes les nuits et tous les jours avenir, — nous assurera une autocratie souveraine et l'empire absolu. » [Soulignement ajouté.]

Ayant soulevé cette question de principe au moyen de renvois à la littérature, laquelle laisse voir deux écoles de pensées, nous passons au jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans le cadre de l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, portant la signature du juge en chef McLaughlin, et ayant obtenu le concours des juges Deschamps, Fish et Cromwell, qui rejette l'avis de Duncan, et qui prône que le comportement est fort utile pour apprécier la crédibilité d'un témoin.

Ce qui suit vise donc à apprécier la fiabilité du comportement à titre d'outil privilégié de l'évaluation du témoignage.

Par souci de commodité, nous reprenons ci-dessus les observations les plus pertinentes à ce sujet. On pourrait aisément titrer cette partie de notre analyse : « voile au visage porte atteinte à une défense pleine et entière car il fait entrave à la capacité d'apprécier la crédibilité du témoin ».

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;
- 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.]

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. [Nous avons souligné.]

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 influencer 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 ambages 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 octroie 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. 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. (Plusieurs autres reproches portant sur les faiblesses du comportement seront revus par après, à l'aide de citation du roman de Balzac).

Ainsi, la juge Abella a écrit que :

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.]

...

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

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 avait 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.

### **Le voile qui cache le visage d'un témoin – obstacle à la justice?**

En cette deuxième partie de notre examen du comportement, il s'agit d'analyser l'impact pour la juge des faits de ne pouvoir scruter entièrement le visage du témoin, pour cause du niqab ou autre voile ou masque. Il ne s'agit pas de porter en cause les carences du comportement de façon générale, projet qui dépasse mes moyens, mais bien de cerner en quoi la justice pénale est mise en péril lorsqu'on est incapable de voir tout le visage de la personne qui dépose.

Il sera fort utile d'entreprendre cette partie en jetant des « jalons » de la nature humaine au moyen de renvois au roman Eugénie Grandet. Pour nos fins, les mots 'visage', 'face' et 'figure' sont des synonymes, comme nous l'enseigne le dictionnaire, et seuls ces mots seront l'objet de notre intérêt, ce qui sied avec les motifs de la Cour suprême en ce qui a trait à la question d'interdire le port d'un voile; il n'est donc pas question aujourd'hui des mentions très nombreuses contenues dans ce roman qui sont aussi des équivalents, soit tête, air, contenance, etc., afin de ne pas alourdir ce texte.

D'emblée, le fait que monsieur et madame « tout le monde » soient friands du passe-temps de « juger » d'autrui (présage au rôle de membre du jury) est introduit très tôt par le romancier, dans le cadre de son premier paragraphe : « [A Saumur] La vie est presque toujours en plein air : chaque ménage s'assied à sa porte, y déjeune, y dine, s'y dispute. Il ne passe personne dans la rue qui ne soit étudié. Aussi, jadis, quand un étranger arrivait dans une ville de province, était-il gaussé de porte en porte. »

Pour nos fins, nous allons faire preuve de nos bonnes manières et juger de l'honnêteté et de la fiabilité des personnes qui défilent dans le roman, et non pas les gausser.

Un premier extrait suit, au sujet du père d'Eugénie : « Cette figure annonçait une finesse dangereuse, une probité sans chaleur, l'égoïsme d'un homme habitué à concentrer ses sentiments dans la jouissance de l'avarice ... » On conviendra aisément qu'il s'agit d'un jugement qui touche à beaucoup d'éléments sans qu'une seule parole ou un seul geste soit décrit ou remis en cause. Exprimé autrement, un quidam qui nous est étranger et qui témoigne sans plus pourrait difficilement nous permettre de conclure, de façon objective, qu'il est égoïste, et ainsi de suite, en se fondant uniquement sur les traits de son visage. Seules ses paroles seront aptes à permettre une telle conclusion.

Le second extrait est le suivant : « L'abbé Cruchot ... à figure de vieille femme joueuse ... » Il nous semble qu'on puisse uniquement conclure avec justesse, en ce sens, si on obtient d'autres éléments portant sur sa vie et ses gestes et paroles.

Quand est-il de l'extrait qui fait mention en ces termes : « ... demanda le vieux notaire en faisant grimacer sa face trouée comme une écumoire. » Certes, on y lit un adjectif utile et précis mais on peut aisément se tromper en cherchant à deviner le fond de la pensée et le pourquoi de la grimace. À ce sujet, faisons le lien avec cette autre phrase : « Leurs figures, aussi flétries que l'étaient leurs habits râpés, aussi plissés que leurs pantalons semblaient usées, racornies et grimaçaient. »

L'extrait qui suit met en épingle un mot que l'on retrouve souvent dans les romans, soit « imperceptible », que les écrivains choisissent afin de décrire les gestes des personnages. Ainsi, le notaire et le président du tribunal tâchaient de comprendre le sens d'une lettre que l'avare est à lire au moyen « ... des imperceptibles mouvements de la figure du bonhomme alors fortement éclairée par la chandelle. » Relevons deux difficultés que les plaideurs doivent surmonter dans le cadre de leur travail quotidien : d'une part, si un geste est imperceptible, comment s'en rendre compte fidèlement tout en faisant note des questions et des réponses? Et combien de fois trouvons-nous que le témoin est éloigné de nous, et dans l'ombre, et de profil, etc., rendant nos observations assez précaires pour la personne qui plaide et pour la juge?

Somme toute, comme en fait foi l'extrait qui suit, la procureure doit venir en aide à la juge qui s'évertue à scruter les visages de personnes qui lui sont des étrangères afin de se rendre compte du crédit et de la sincérité de leurs dires. « Sa tante et sa cousine, vers lesquelles il se retourna pour interroger leurs figures... » Elles prirent son intérêt à titre d'une expression amicale qui ornait son visage « et y répondirent par un sourire agréable qui le désespéra. »

Les juges vont déclarer que tel ou tel témoignage est franc et candide, nul doute, à la suite d'une analyse objective de son contenu, comme l'exige la jurisprudence et selon les plaidoiries des procureurs. Mais peut-on en dire autant lorsqu'il s'agit de « la timide

candeur de son visage », s'agissant d'un témoin? De plus, les juges vont porter attention aux mouvements du visage lors du contre-interrogatoire. Ainsi, « Ces paroles firent rayonner le vieux visage maternel ... » Est-ce en raison du fait que le témoin dit la vérité et est heureux de prêter main-forte à la justice ou, le cas contraire, car il trahit sa pensée intérieure à l'effet qu'il est ravi de tromper le tribunal?

Relevons aussi cette belle phrase : « Peste! Je ne suis plus monsieur de Bonfons, pensa tristement le magistrat dont la figure prit l'expression de celle d'un juge ennuyé par une plaidoirie. »<sup>3</sup>

Par souci de commodité, d'autres exemples suivent, sans commentaires :

« Il était facile de voir dans les manières, sur la figure d'Eugénie et dans la singulière douceur que contracta sa voix, une conformité de pensées entre elle et son cousin »; « ... en voyant l'inquiétude peinte sur le visage de sa mère »; « ... dont la figure ne trahit aucune émotion. » ; « ... et son visage, ou se peignaient une mélancolie et une douceur angéliques. » ; « ... chassée par l'expression des qualités morales qui venaient fleurir sur sa face. » ; « son visage est blanc, reposé, calme. » ; « elle sut prendre une figure riante pour répondre ... » ; « ... en laissant paraître sur sa figure une expression de béatitude. »

Au demeurant, qu'il nous soit permis de clore cette énumération au moyen de cet extrait du roman : « La voix, le regard, la figure paraissent en harmonie avec les sentiments. Ainsi, les juges les plus durs ... hésitent-ils toujours à croire à ... la corruption des calculs [ou au dol] quand les yeux nagent encore dans un fluide pur, et qu'il n'y a point de rides sur le front. » Nous notons aussi que ce roman contient des dizaines d'exemples de « regards », « d'airs » et « de contenance » qui sont difficiles à expliquer lors du stade des observations et à interpréter par les juges au stade du jugement, tout comme les renvois au visage, à la face et à la figure dont nous n'avons pas fait le chapelet, faute d'espace...

Fort de ce survol des renvois du romancier à la seule question du visage, dans le cadre de l'évaluation du comportement, nous allons revoir les extraits du jugement *N.S.* qui discutent des difficultés que posent le port d'un voile lors du témoignage, en rapport au visage qui est ainsi voilé.

---

<sup>3</sup> À ce sujet, relevons que Balzac a écrit : « ... malgré sa figure brune et rébarbative, flétrie comme le sont presque toutes les physionomies judiciaires ... »

Rappelons que dans le cadre d'un litige impliquant le port d'un niqab qui voile une partie de visage, la juge Abella, dissidente, a écrit ce qui suit en rapport à l'importance que revêt l'examen du visage du témoin dans le cadre de l'évaluation du témoignage :

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.]

...

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.]

92 Tout d'abord, il me paraît évident qu'on attend des témoins comparaisant devant les cours criminelles de *common law* qu'ils exposent leur visage au regard des avocats et du juge des faits durant leur déposition, mais il ne s'ensuit pas qu'une personne ne pouvant pas dévoiler son visage est inhabile à témoigner. Une attente générale diffère d'une règle générale, et point n'est besoin de faire d'une pratique ancienne une exigence "de la common law". Le parcours de la justice canadienne a intégré -- et composé avec -- une reconnaissance évolutive du fait que, si l'histoire aide à saisir le passé, elle n'est pas nécessairement garante de l'avenir. C'est pourquoi nous en sommes venus à utiliser des écrans pour les enfants, à faire appel à des interprètes dans le cas des personnes qui ont du mal à s'exprimer dans nos langues officielles, et à employer une foule d'autres moyens pour aider une personne à témoigner en salle d'audience.

Comme le démontre la présente affaire, les tribunaux concilient constamment les attentes et les pratiques de longue date avec la vision de la *Charte*.

Plus loin, la juge Abella a déclaré :

97 Ce qui nous amène à examiner la mesure dans laquelle N.S. porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable si elle porte le niqab dans l'exercice de sa liberté de religion. Le droit à un procès équitable est fondamental pour la présomption d'innocence et le maintien de la confiance dans le système de justice pénale. Bien que je sois d'accord pour dire que les témoins exposent généralement et idéalement leur visage quand ils témoignent en audience publique, les écarts à cet "idéal" sont monnaie courante dans les faits et ils sont presque toujours tolérés. [Nous avons souligné.]

...

103 Il arrive aussi que la déficience physique ou les restrictions médicales du témoin influent sur la capacité du juge ou des avocats d'évaluer son comportement. Un accident vasculaire cérébral peut nuire à l'expression du visage; une maladie peut avoir une incidence sur les mouvements du corps; et un trouble de la parole peut influencer sur l'expression orale. Tous ces problèmes constituent des écarts par rapport aux circonstances idéales pour l'évaluation du comportement, mais aucun d'entre eux n'a été considéré comme rendant le témoin inhabile à témoigner au motif qu'ils portent de ce fait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. [Soulignement ajouté.]

Le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, portant la signature du juge en chef McLaughlin, nous informe de ce qui suit au paragr. 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] [Nous avons souligné.]

En raison du fait que la juge en chef a fait mention au paragr. 24 du jugement majoritaire du paragr. 54 du jugement antérieur de la Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161, il sera opportun de reproduire les observations ci-dessus :

54 Covering the face of a witness may impede cross-examination in two ways. First, it limits the trier of fact's ability to assess the demeanour of the witness. Demeanour is relevant to the assessment of the witness's credibility and the reliability of the evidence given by that witness. Second, witnesses do not respond to questions by words alone. Non-verbal communication can provide the cross-examiner with valuable insights. The same words may, depending on the facial expression of the witness, lead the questioner in different directions. In *Police v. Razamjoo*, [2005] DCR 408, a New Zealand trial judge faced with an application by two Muslim witnesses to testify wearing veils said this at para. 81:

Although effective cross-examination is generally the outcome of careful preparation and a thorough grasp of the case, the actual process is often partly instinctive. It involves an ongoing evaluation of how the witness is performing and, particularly what are sensitive areas from that witness's point of view. Tiny signals, quite often in the form of, or involving, facial expressions are received and acted upon almost, sometimes completely, unconsciously by the cross-examiner. Cross-examining counsel do not have the luxury of being able to make judgments as to what to ask and how to ask it against an overview such as a judge enjoys at the conclusion of a case. A distinction needs to be drawn between the significance of demeanour in the context of such an overview and the significance of demeanour to counsel in what is, in many ways, a "heat of battle" situation, in making what need to be virtually instantaneous decisions in the course of conducting a cross-examination.

Par souci de commodité, qu'il nous soit permis de citer le contenu du prochain paragraphe :

55 Mr. Butt, counsel for N.S., makes the valid point that credibility assessments based on demeanour can be unreliable and flat-out wrong. Assessments of credibility based on demeanour can reflect cultural assumptions and biases. Judgments based on demeanour are no substitute for those based on a critical analysis of the substance of the entire evidence. Appellate courts have repeatedly cautioned against relying exclusively or even predominantly on demeanour to determine credibility. Mr. Butt also makes the valid point that the trier of fact does not lose all aspects of demeanour evidence if the witness wears a niqab. The trier of fact will still be able to consider the witness's body language, her eyes, her tone of voice and the manner in which she responds to questions. All are important aspects of demeanour. [Nous avons souligné.]

Au demeurant, relevons ces commentaires que l'on trouve au paragr. 23 du jugement majoritaire, signé par la juge en chef McLachlin :

23 Au cours des dernières années, le législateur et la Cour ont confirmé la présomption de common law selon laquelle l'accusé, le juge et le jury devraient être en mesure de voir le visage du témoin lors de son témoignage. Pour protéger contre les traumatismes les enfants qui témoignent, le législateur a adopté des dispositions permettant aux enfants de témoigner au moyen d'un système de télévision en circuit fermé ou derrière un écran de manière à ce qu'ils ne puissent pas voir l'accusé : *Code criminel*, par. 486.2(1). Notre Cour a confirmé la validité de ces dispositifs d'aide au témoignage du fait qu'ils n'empêchent pas l'accusé de voir le témoin : *R. c. J.Z.S.*, 2010 CSC 1, [2010] 1 R.C.S. 3, confirmant 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52. Le *Code criminel* prévoit expressément que, avant d'autoriser un témoin à déposer à l'aide d'un dispositif de retransmission de la voix, le juge tient compte du "risque d'effet préjudiciable à une partie en raison de l'impossibilité de le voir" : al. 714.3*d*) et 714.4*b*). Cela aussi donne à penser que le défaut de voir le visage du témoin lors de son témoignage peut limiter l'équité du procès. [Nous avons souligné.]

**Le voile n'interdit pas à la juge d'entendre et d'évaluer la voix du témoin et les pensées dont la voix porte à sa connaissance, et les plaideurs doivent influencer leurs conclusions**

Relevons derechef que le jugement majoritaire de la juge en chef McLaughlin fait mention au paragr. 24 des enseignements contenus au paragr. 54 du jugement antérieur de la Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161. De façon toute particulière, le para. 55 contient cet extrait :

55 ... Mr. Butt [le procureur de la plaignante] also makes the valid point that the trier of fact does not lose all aspects of demeanour evidence if the witness wears a niqab. The trier of fact will still be able to consider the witness's body language, her eyes, her tone of voice and the manner in which she responds to questions. All are important aspects of demeanour. [Nous avons souligné.]

Pour nos fins, qu'il suffise de relever certains des passages du roman Eugénie Grandet qui illustre l'importance du ton de la voix des personnages-témoins, pour ainsi dire.

« Mon neveu? ... fit le notaire d'un ton de reproche en l'interrompant... » ; « Ces derniers mots furent prononcés d'un ton calme, mais si profondément ironique... » ; « ... répondit-elle avec ironie ... » ; « ... Y sont-ils? D'un son de voix qui dénotait une sorte de peur panique. » ; « Mon Dieu, pouvez-vous traiter ainsi votre femme et votre enfant! Dit d'une voix faible madame Grandet. » « ... dit-elle avec émotion. » « ... répondit respectueusement le vieux notaire » ; « ... répondit froidement Eugénie ... » ; « ... d'une voix qui alla *crescendo* et qui fit graduellement retentir la maison. » ; « ... dit gravement la pauvre femme. » ; « répondit Eugénie d'une voix sourde et altérée en interrompant sa mère ... » ; « ... ce n'est pas bien, dit-elle d'un accent peu grondeur » ; « Oh! Oui!, bien, répondit-il avec une profondeur d'accent qui révélait une égale profondeur dans le sentiment. » ; « Il était facile de voir dans les manières, sur la figure d'Eugénie et dans sa singulière douceur que contracta sa voix, une conformité de pensée entre elle et son cousin... » ; He! bien oui, n'est-ce pas? Ajouta-t-il avec grâce. » ; « ... je ne sais pas déguiser ma pensée; je la dis rudement ... » ; « ... répondit d'une voix altérée la pauvre mère. » « Il était impossible de méconnaître dans l'accent de ces paroles les espérances d'un cœur à son insu passionné... » ; « l'accent de la jeune fille avait glacé Charles ... »

Pour donner suite à cette litanie d'exemples de paroles et de leur ton, dans le cadre de l'analyse du comportement que l'avocate de chaque partie doit influencer, il sied de mettre en épingle que le niqab n'interdit pas la juge de relever qu'un silence est souvent loquace en laissant voir et entendre que le témoin ne peut expliquer sa conduite de façon à satisfaire la juge. Ainsi, Balzac a écrit « Eugénie rougit et resta muette... » et « Charles l'écouta froidement ... » et « Après un moment de silence ou d'agonie, le bonhomme ... [dit] ... » Dans ce dernier cas, la juge des faits doit répondre à la question pourquoi le témoin s'est tu, et les plaideurs doivent lui prêter main forte. Relevons aussi deux illustrations d'un témoin qui pourrait mal paraître en raison de son mutisme, faussement, car un voile cache son sourire ou ses yeux : « Madame Grandet ne répondit que par un sourire ... » et « Charles resta muet, pâlit et ses yeux devinrent fixes. »

Ce faisant, il faut noter que la juge sait rarement si le ton est habituel ou s'il trahit une pensée moins qu'honorable. Par exemple, Balzac a écrit : « Ah! ça, j'espère, dit-il avec son calme habituel ... » Mais comment savoir qu'il est calme de façon habituelle? La réponse à cette question est susceptible d'être tributaire à une plaidoirie bien rodée qui est tributaire d'efforts de recherches.

De même, le ton est souvent perdu lorsqu'il s'agit de lire la transcription, ce que l'avocate doit toujours avoir à l'esprit. Ainsi, « À Paris, on trouve moyen de vous assassiner un homme en disant : il a bon cœur... » Un deuxième exemple suit : « Oh! Ma bonne mère, s'écria-t-elle, je ne t'ai pas assez aimée! » Tout dépend du ton, que seul l'enregistrement réussit à capter, et on ne peut savoir si la voix a monté de ton en disant « bon cœur » ou en articulant les mots « ma bonne mère » et si le ton était empreint d'ironie, et ainsi de suite. Pour ma part, je vais souvent écouter une partie de l'enregistrement d'un témoignage afin de contrôler cet élément du comportement.

De plus, il faut composer avec des témoins qui ont des difficultés au niveau de la parole. L'exemple tiré d'Eugénie Grandet suit : « Il continua d'aller et venir selon ses habitudes ; mais il ne bégaya plus, causa moins ... » Au début du roman, on lit qu'il bégayait toujours. Donc, la cour doit pouvoir évaluer à juste titre si cet élément est intrinsèque ou une réaction aux questions qui laissent voir que le témoignage est faux. À ce sujet, le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, nous informe de ce qui suit au paragr. 26, quant à l'élocution, un élément complémentaire à cette question :

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] [Nous avons souligné.]

Enfin, les plaideurs doivent appuyer les juges qui doivent parfois chercher à déchiffrer des réponses incompréhensibles bien que le ton soit lourd de conséquences. Un exemple nous est offert par Balzac : « Allons mon neveu; dit le notaire, laissez votre baragouin de palais. Soyez tranquille ... »

## **Conclusion**

L'objectif de ce document de travail aura été bien poursuivi si, d'une part, la lectrice conclut que la jurisprudence établit que le comportement à titre d'outil d'appréciation de crédibilité compte des bémols, de façon générale et, d'autre part, que le monde des romanciers est peuplé d'une foule d'expressions pour décrire le visage, dont le nombre et les nuances laissent voir qu'on puisse prêter à qui que ce soit autant de mobiles et de pensées, tant nobles qu'ignobles, selon notre penchant. Bref, qu'il est possible de « lire » tout et rien par suite de l'examen de la physionomie d'un témoin. Si tel est le cas, le fait que le témoin porte un voile, ou un masque pour éviter la propagation d'une maladie, pourrait être sans importance et l'avocate devrait plaider ainsi si cela tire à profit à sa cliente. De plus, le survol de la voix ou, si vous le préférez, de la parole du témoin, laisse voir plus de rigueur au niveau de l'analyse, car il s'agit de passer à l'examen de la façon dont s'exprime la personne qui dépose, et il nous semble qu'il s'agit d'une analyse moins subjective et moins ancrée sur des éléments culturels.

Au demeurant, quant à moi, et sans doute pour bon nombre de plaideurs, je crois que le roi Duncan avait raison...