

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

Gilles Renaud

Cour de justice de l'Ontario

Le 3 février 2022

Commentaires introductifs

Lord Shaw a déclaré dans le cadre de l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, aux pages 36-37 :

[Traduction] Lorsqu'un juge entend et voit les témoins et qu'il tire une conclusion ou fait une déduction basée sur la force probante qu'il attribue à ces témoignages, ce jugement doit être traité avec le plus grand respect, même si le juge n'a fait aucune observation à l'égard de la crédibilité. Naturellement, je comprends très bien une cour d'appel qui décide de ne pas intervenir dans le cas où le juge dit dans ses motifs qu'il croit certains témoins plutôt que d'autres, après les avoir vus et entendus. Mais ce n'est pas ce qui se produit ordinairement. Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs cillements, avoir fait sur celui qui les a vus et entendus une impression ne pouvant être rendue sur papier. [Nous avons souligné.]¹

Ce document de travail vise à jeter un éclairage utile quant à la question du poids que les juges devraient accorder aux cillements des témoins dans l'évaluation de leur témoignage et, par voie de conséquence, aux stratégies que devraient envisager les avocates qui doivent, selon les cas,

¹ Par souci de commodité, la version anglaise suit :

When a Judge hears and sees witnesses and makes a conclusion or inference with regard to what is the weight on balance of their evidence, that judgment is entitled to great respect, and that quite irrespective of whether the Judge makes any observation with regard to credibility or not. I can of course quite understand a Court of Appeal that says that it will not interfere in a case in which the Judge has announced as part of his judgment that he believes one set of witnesses, having seen them and heard them, and does not believe another. But that is not the ordinary case of a cause in a Court of justice. In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page.

chercher à renforcer la crédibilité des témoignages de celles qui ont agi en ce sens; évidemment, les avocates qui cherchent à infirmer un tel élément de preuve y tireront profit.

Il ne s'agit pas de discuter de façon approfondie du bien-fondé de la preuve du comportement, sujet qui est l'objet de deux autres documents de travail récents et de publications antérieures,² mais bien de savoir si les juges devraient accorder la moindre importance à cet élément précis de l'examen du témoignage non-verbal. Le plan que nous allons suivre nous voit débiter avec un examen des jugements qui appuient Lord Shaw pour ensuite conclure en énumérant certains exemples de « cillements » et de « mouvements des sourcils » tirés du roman Le contrat de mariage. Ce roman pourrait ainsi bien porter le titre Lutte féroce entre deux notaires afin de ruiner un couple qui s'aime tout en étudiant les pensées de chaque partie au mariage au moyen des expressions de leurs visages. De fait, à l'instar de l'ensemble de la Comédie humaine, Balzac nous offre une étude approfondie des gestes et paroles des membres de la collectivité lorsqu'en rapport étroit et notamment lorsqu'il s'agit de juger de leur comportement dans le cadre de procès ou de contacts avec des avocates.³

À ce stade introductif, qu'il me soit permis de rappeler que « ciller » est un verbe intransitif et qu'il s'agit d'avoir des battements de cils et partant, des paupières, et il s'agit souvent d'un geste involontaire impliquant une lumière trop forte ou le résultat d'une émotion.

Au demeurant, il est à espérer que les avocates qui vont prendre connaissance de ce document de travail pourront y trouver profit, surtout dans le choix des observations qui pourraient soit appuyer, soit contrer, des situations de faits impliquant des témoins « coupables » de cillements lors de leurs dépositions.⁴

Un examen des jugements qui appuient le commentaire du Lord Shaw

Le juge LaForest a jugé que les observations du Lord Shaw étaient de jurisprudence constante au paragr. 32 du pourvoi intitulé *R. c. Schwartz*, [1996] 1 R.C.S. 254. Ainsi, il a écrit aux noms des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major que « Il est établi depuis longtemps que les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge de première instance. La règle se justifie principalement par la

² J'invite la lectrice à prendre connaissance des deux premiers documents de travail portant sur la preuve du comportement que j'ai signé, soit « [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](#) », en date du 24 janvier 2022 et « [La preuve du comportement – les enseignements de la Cour d'appel de l'Ontario 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'](#) », du 27 janvier 2022. .

³ Un article parmi une foule d'autres vaut d'être cité, à savoir « List of Legal Novels », du professeur John H. Wigmore, 2 *Ill. Law Rev.* 574-593 (1907-1908), à la page 587.

⁴ Je relève aussi mes autres publications quant à la preuve du comportement, à savoir : *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, Australie; *L'évaluation du témoignage : un juge se livre*, Éditions Yvon Blais, 2008, Cowansville (Qc.) aux pages 99-161; « La plaidoirie et l'examen des grands principes visant l'appréciation du comportement du témoin, *Jurisource*, le 5 avril 2016 et *La plaidoirie : un juge se livre*, Éditions Yvon Blais, 2017, Cowansville (Qc.) aux pages 107-121.

situation avantageuse dont bénéficie le juge des faits pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoignages entendus au procès. Lord Shaw explique ainsi les principes qui sous-tendent la règle, dans *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co ...* »

Par ailleurs, le juge LaForest a fait valoir, toujours au paragr. 32 :

Voir aussi, notamment, *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, à la p. 293; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358, et mes observations dans *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. D'autres préoccupations liées à la politique judiciaire ont par ailleurs été invoquées pour justifier la règle. Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; voir R. D. Gibbens, "Appellate Review of Findings of Fact" (1992), 13 Adv. Q. 445, aux pp. 445 à 448; *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, à la p. 204.⁵ Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance; voir *Hodgkinson*, à la p. 425.

Plusieurs années auparavant, dans le cadre de l'arrêt *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371, les juges Martland, Judson, Pigeon, Beetz et de Grandpré ont traité de cette question et la majorité a statué ainsi :

26 En l'espèce, la conclusion du premier juge est mise de côté par la Cour d'appel dans une matière où seule est en jeu l'appréciation de l'ensemble des témoignages; à mon avis, il s'agit là d'un cas où appliquant les critères de l'arrêt *Dorval*, cette intervention constitue une erreur. La raison en est simple et se retrouve dans l'arrêt *Prudential Trust Company Limited c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, où, à la p. 217, M. le juge Martland,

⁵ Le para. 24 se lit ainsi :

Lord Sumner a approuvé ce point de vue dans *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.), où il dit, à la p. 47 :

[TRADUCTION] Néanmoins, le fait de ne pas avoir vu les témoins place les juges d'une cour d'appel dans une situation qui reste désavantageuse par rapport à celle du juge de première instance et, à moins que l'on ne démontre que ce dernier a omis de profiter de cet avantage, ou qu'il s'en est clairement servi à mauvais escient, la cour d'instance supérieure ne doit pas prendre la responsabilité d'infirmer des conclusions ainsi tirées, lorsqu'elle ne se base que sur le résultat de ses propres comparaisons et critiques des témoins et de sa propre opinion sur les probabilités de l'affaire. Le déroulement du procès et tout le fond du jugement doivent être examinés, et il ne s'agit pas de déterminer si la crédibilité d'un témoin a été établie par contre-interrogatoire ou si le juge a trouvé incroyables les déclarations de ce témoin. Si son appréciation de l'homme forme une partie substantielle des motifs de son jugement, les conclusions du juge de première instance sur les faits, d'après ce que je comprends des décisions, doivent être laissées intactes.

parlant pour la Cour, adopte l'extrait suivant tiré de *Powell c. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243, à la p. 249 :

[TRADUCTION] Sur appel d'un jugement d'un juge siégeant seul, la Cour d'appel n'infirmes pas le jugement à moins que l'appelant ne la convainque que le juge a commis une erreur et que sa décision aurait dû être à l'inverse. Au cas de preuve contradictoire, la Cour d'appel doit particulièrement tenir compte du fait que le juge a vu les témoins : voir les propos de lord Shaw dans *Clarke v. Edinburgh Tramways Co.*, 1919 S.C. (H.L.) 35 et 36, où il dit : "Lorsqu'un juge entend et voit les témoins et qu'il tire une conclusion ou fait une déduction sur la base du poids qu'il attribue à ces témoignages, ce jugement doit être traité avec le plus grand respect, même si le juge n'a fait aucune observation à l'égard de la crédibilité. Naturellement, je comprends très bien une cour d'appel qui décide de ne pas intervenir dans le cas où le juge dit dans ses motifs qu'il croit certains témoins plutôt que d'autres, après les avoir vus et entendus. Mais ce n'est pas ce qui se produit ordinairement. Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs sillements, avoir fait sur celui qui les a vus et entendus, une impression que le dossier imprimé ne peut pas reproduire. Psychologiquement parlant, quel est donc alors le devoir d'une cour d'appel? À mon avis, les juges d'une cour d'appel doivent, dans ces circonstances, se poser la question que je me pose présentement : moi qui ne puis profiter de ces avantages, parfois marqués, parfois subtils, dont bénéficie le juge qui entend la preuve et qui préside le procès, - suis-je en mesure de conclure avec certitude en l'absence de ces avantages, que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste? Si je ne puis me convaincre que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste, il est alors de mon devoir de déférer à son jugement.

Bien que dans l'arrêt *Forseth*, la question en fut une de crédibilité, les mots que j'ai soulignés gouvernent tout aussi bien l'appréciation générale des témoignages.

Ayant fait un retour de deux décennies, il sied de faire un bond vers l'avant et de discuter sommairement de l'affaire *Dickason c Université de l'Alberta*, [1992] 2 RCS 1103. Le jugement qu'a signé la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, contient le passage qui suit, qui est abrégé pour éviter toute redondance :

85 Le principe de la retenue judiciaire ne se résume pas à ce que les cours d'appel peuvent faire dans le cadre de leur compétence. Il est aussi fondé sur la reconnaissance de l'[TRADUCTION] "avantage capital" dont bénéficient les tribunaux d'instance inférieure [page1149] et les organismes quasi judiciaires qui voient et entendent les témoins. L'exposé classique sur ce sujet remonte à l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, où lord Shaw of Dunfermline dit (à la p. 36) [...]

Ce raisonnement a été systématiquement repris par notre Cour dans des arrêts comme *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où l'évaluation des témoignages d'experts faite par le juge de première instance a été rétablie après que la

Cour d'appel eut substitué sa propre opinion à celle du juge de première instance (à la p. 799) :

Dans ce contexte, une cour d'appel qui n'a 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 c(oe)urs pour tenter de découvrir la vérité.

Voir également les arrêts *Stein c. Le Navire "Kathy K"*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 et 808, et [page1150] *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754, à la p. 754.

De plus, la version la plus brève des enseignements du Lord Shaw se trouve dans le pourvoi *Fuller v Nickel*, [1949] SCR 601 :

The issues in this case are entirely questions of fact. Even though the learned trial Judge did not pass upon credibility except as to the brother and father of appellant, he had an opportunity to observe the witnesses which gave him an advantage in determining the value of the evidence, which is denied to an Appellate Court.

As stated by Lord Shaw of Dunfermline in *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.* [(1919) S.C. (H.L.) 35 at 36.]: “. . . witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page.”

Au demeurant, relevons l'avant-dernier paragraphe de l'affaire *Sershall Estate v Toronto Transportation Commission*, [1939] SCR 287 :

In the present case the Court of Appeal for Ontario, after reviewing the evidence, came to the conclusion that the verdict of the jury was clearly wrong. With respect, I cannot agree with their view. It seems to me that there was evidence on the record, if taken together with what may well have been unspoken impressions properly influencing their minds and taking into account the special qualifications of the jurors here, they could reasonably come to the conclusion at which they arrived. I do not feel that I would be justified in approving of a reversal of their finding and would, therefore, set aside the judgment in appeal and restore the judgment in the court below, with costs throughout.

À ce stade, il sied de délaisser les enseignements « directs » de la Cour suprême du Canada pour faire place à certains arrêts qui citent et expliquent de façon fort utile le jugement *Clarke*, question de bien situer l'importance relative des « cillements » des témoins. Un premier exemple, *Mesidor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2009] A.C.F. no 1570, nous laisse voir que le juge Shore a fait un examen soigné de la question de la preuve du comportement.

D'entrée de jeu, relevons ce qui suit :

1 La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Commission) pouvait valablement se fonder sur le comportement du demandeur à l'audience dans l'appréciation de sa crédibilité, tel que la Cour d'appel fédérale l'a réitéré dans l'arrêt *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 240 N.R. 376 (C.A.F.), 87 A.C.W.S. (3d) 1182 :

[7] Ce qu'il importe de souligner ici, c'est que la Section du statut de réfugié a elle-même vu et entendu, à titre de juge des faits, le témoin dont elle a contesté la crédibilité. À l'instar des autres juges des faits, elle a bénéficié d'un avantage unique lorsqu'elle en est arrivée à ses conclusions, notamment en ce qui a trait à la crédibilité du témoin. Le rôle particulier que les juges des faits doivent jouer lorsqu'ils évaluent la crédibilité d'un témoin a été décrit à plusieurs reprises par les tribunaux au fil des années. Ainsi, Lord Shaw a formulé les remarques suivantes dans l'arrêt *Clarke v. Edinburgh Tramway Company* :

Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs cillements, avoir donné à celui qui les a vus et entendus une impression que le dossier imprimé ne peut pas reproduire. Psychologiquement parlant, quelle est donc alors l'obligation d'une cour d'appel? À mon avis, les juges d'une cour d'appel doivent, dans ces circonstances, se poser la question que je me pose présentement : moi qui ne puis profiter de ces avantages, parfois marqués, parfois subtils, dont bénéficie le juge qui entend la preuve et qui préside le procès, suis-je en mesure de conclure avec certitude, en l'absence de ces avantages, que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste? Si je ne puis me convaincre que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste, il est alors de mon devoir de déférer à son jugement. (La Cour souligne).

Plus loin, au paragr. 15, le savant juge reprend les observations suivantes, tirées de l'affaire *Semextant c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 39 :

[25] ...

[8] Il y a plusieurs façons de tirer des conclusions en matière de crédibilité. Pour évaluer la fiabilité du témoignage du demandeur, le tribunal peut, par exemple, tenir compte du manque de précision, des hésitations, des incompatibilités, des contradictions et du comportement (*Ezi-Ashi c. Canada (Secrétaire d'État)* [1994] A.C.F. no 401, au paragraphe 4). Dans l'arrêt *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38, [2006] A.C.F. no 80, au paragraphe 6, le juge Yvon Pinard affirme que même dans certaines circonstances, le comportement du demandeur peut être suffisant pour rejeter une réclamation de statut de réfugié :

Le défendeur a raison de dire que la CISR peut tenir compte du comportement d'un demandeur pour apprécier ses dires ainsi que ses faits et ses gestes et que, dans certaines circonstances, le comportement d'un demandeur peut être

suffisant, à lui seul, pour rejeter une demande d'asile (*Huerta c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1993] A.C.F. no 271, (le 17 mars 1993), A-448-91, *Ilie c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [1994] A.C.F. no 1758, (le 22 novembre 1994), IMM-462-94, et *Riadinskaia c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [2001] A.C.F. no 30, (le 12 janvier 2001), IMM-4881-99). (Non souligné dans l'original.)

De plus, le juge Shore a ajouté au paragr. 16 les précisions utiles qui suivent :

2) Comportement à l'audience

16 Dans l'affaire *Gjergo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 303, 131 A.C.W.S. (3d) 508, le juge Sean Harrington a réitéré ce qui suit :

[22] [...] Or, notre Cour a déjà statué que le tribunal peut prendre en compte le comportement d'un demandeur pendant son témoignage. Lorsque le témoin a de la difficulté à fournir des réponses adéquates et directes, le tribunal peut en tirer des conclusions défavorables [...]

(Également, *Tong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. no 479 (QL), 47 A.C.W.S. (3d) 678).

Il sera opportun à ce stade de reprendre certains commentaires consignés dans l'affaire *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 240 N.R. 376 (C.A.F.), 87 A.C.W.S. (3d) 1182, jugement dont mention est faite au paragr. 1 du jugement du juge Shore précité. Ainsi, nous lisons aux paragraphes 8, 9 et 10 que le fait qu'une cour siégeant en appel puisse entendre les témoins, mais pas les voir, est sans importance réelle et ne facilite pas la tâche de l'avocate qui s'évertue à démontrer que le premier juge a commis des erreurs au niveau de l'appréciation du comportement des témoins, tout probablement en raison du fait que les expressions du visage, notamment le fait de ciller, échappent aux juges cherchant à revoir la sagesse du constat de faits du premier juge :

8 Les mêmes remarques pourraient s'appliquer à l'enregistrement sonore du contenu du dossier imprimé. Dans l'affaire *Watt or Thomas v. Watt*, la Chambre des lords a à nouveau insisté sur les avantages dont bénéficie le juge de première instance au moment d'évaluer la crédibilité d'un témoin; voici comment Lord Macmillan s'est exprimé à ce sujet :

[Traduction]

La Cour d'appel n'a devant elle que le dossier imprimé des témoignages. S'il s'agissait de l'ensemble de la preuve, il y aurait peut-être lieu de dire que les juges d'appel ont le droit de tirer leur propre conclusion au sujet de l'affaire et avaient la compétence voulue à cette fin. Cependant, il ne s'agit que d'une partie de la preuve. Ce qui manque, c'est la preuve du comportement des témoins, de leur franchise ou de leur parti-pris ainsi que la preuve de tous les éléments accessoires qu'il est si difficile de décrire et qui composent l'atmosphère qui règne au cours d'une instruction donnée. Le juge de

première instance dispose de ces outils pour en arriver à sa conclusion, mais non la Cour d'appel. Tant que la preuve est présentée sur papier, il n'est pas rare qu'une décision allant dans un sens ou dans l'autre puisse être rendue. Lorsque cette possibilité existe, comme c'est le cas en l'espèce, la décision du juge de première instance, qui a bénéficié des avantages dont la Cour d'appel ne disposait pas, devient cruciale et ne devrait pas être infirmée.

9 Il nous semble que cet important principe doit s'appliquer même lorsqu'une cour de justice est appelée à réviser une décision qu'a rendue un tribunal administratif à la lumière de l'enregistrement sonore d'un témoignage plutôt que du dossier imprimé renfermant le contenu de cet enregistrement. En effet, le tribunal de révision n'a eu dans aucun de ces cas l'avantage de voir les témoins pour en évaluer la fiabilité. Comme Lord Shaw l'a fait remarquer dans l'arrêt *Clark*, précité, "même par leurs cillements" les témoins peuvent laisser au juge des faits une impression impossible à reproduire devant un tribunal de révision. De plus, s'il était permis à un juge, dans le cadre d'une révision judiciaire, de réévaluer le comportement d'une personne à partir d'un enregistrement sonore, une cour d'appel pourrait également le faire, de sorte qu'une question aussi importante que la crédibilité serait laissée à l'appréciation subjective de différents tribunaux de révision. Nous ne voyons pas en quoi cette procédure pourrait être profitable pour l'administration de la justice ou améliorer la règle selon laquelle, en général, il est préférable de laisser au juge des faits le soin de tirer les conclusions de fait, notamment celles qui portent sur la crédibilité.

10 Cela ne signifie pas qu'une cour de justice ne devrait jamais accepter l'enregistrement sonore d'une procédure lorsque la décision d'un tribunal administratif est contestée. Effectivement, cet enregistrement pourrait être fort utile, par exemple, pour établir un manque d'équité fondamental au cours de l'instance, laquelle faute constitue un déni de justice naturelle.

Le jugement *Tuccori v. Flower*, [1974] B.C.J. No. 62 (C.A.) vaut aussi d'être l'objet d'un bref examen car il s'agit de l'appréciation du comportement mais dans le contexte d'un juge comptant des années d'ancienneté. Ainsi, le paragraphe pertinent est le numéro 5 : "The learned and experienced trial judge took full advantage of the opportunity afforded him to assess the witnesses and determine the degree of injury about which they were talking. It is my view that his conclusion is the correct one."

Le seul pépin est que le premier juge n'a pas toujours été un juge comptant des années d'expérience et est-ce dire que son jugement et ses décisions étaient susceptibles d'être infirmés au début de sa carrière, mais sont à l'abri de reproches une fois qu'il franchit le cap de l'âge d'or? De plus, bien qu'il ne s'agisse pas de cillements, loin de là, on en convient, le para. 3 contient les commentaires suivants : "The impression I gain from reading the transcript is that the appellant cannot be accused of stoicism. The medical evidence differs from the evidence of the appellant in the same way that appellant's counsel differs with the trial judge, that is, in degree of pain. It is apparent that in that sense the trial judge accepted the doctors' views and rejected the appellant's evidence. It is quite impossible for me to say that the doctors and the trial judge are wrong."

Le prochain jugement illustre le fait qu'une juge n'a pas à décrire ce qui est remarquable dans le cadre des témoignages et qui mène au résultat négatif quant au comportement, ainsi, dans l'arrêt *Bell Canada v Olympia & York Development Ltd*, [1992] OJ No 2802, le juge Eberle, au nom de la Cour supérieure, a écrit :

... In early case which dealt with the weighing of conflicting evidence is *Clarke v. Edinburgh Tramways 1919*, S.C. (H.L.) 35, which has been approved more than once by the Supreme Court of Canada. It is high authority that where there are no clear issues of credibility, and where matters between the parties are rather evenly balanced, the trial judge need not recite in detail every minute finding of fact. Lord Shaw of Dumfermline said at page 36:

In courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page.

Thus, it may not be possible to articulate with particularity why evidence has been accepted or rejected, or why a given conclusion or inference of fact has been reached.

R. v. Pawlowski, [1990] O.J. No. 2682 (H.C.J.), un jugement signé de la main de l'hon. Chadwick, un juriste comptant une grande expérience, nous offre plusieurs aperçus révélateurs portant sur les observations du Lord Shaw dans le contexte du cadre humain, pour ainsi dire, des constats de faits. Ainsi :

I do not see how a properly instructed jury in this case could make a determination of credibility based upon the type of evidence sought to be introduced by the Crown.

I appreciate that in trials today video evidence can sometimes play a very important role. I also appreciate that even if the witnesses testified before the jury in Canada, something would be lost in the translation from Russian to English.

However, for the jury to be limited to watching all of the Crown's key witnesses testify by way of videotape, I feel certain that a great deal of this human insight will be lost.

The voice inflection will not be there nor will the jurors be able to make an assessment of the response by the witness to the questions of counsel. Much will depend on the translator and the emphasis or inflection placed upon the translation by the particular translator.

In my view, it would be virtually impossible for the jury in this case to determine the issue of credibility based upon the videotape evidence alone.

Viscount Sankey L.C., in *Powell v. Streatam Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 (H.L.), had occasion to consider the Appellate Court's review of evidence which had been heard by a trial judge. In considering whether the Appellate Court should make findings of credibility contrary to the finding of the trial judge, they followed the decision of the House of Lords in *Clarke v. Edinburgh Tramways Company*, 19 S.C. (H.L.) 35, per Lord Shaw. At p. 250 he quotes Lord Shaw as follows:

In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page.

In conclusion, it is my view that the jury in this case would be in a very difficult if not impossible position in attempting to assess credibility based solely upon the videotape evidence of these Crown witnesses. As a result, the procedure would be prejudicial to the rights of the accused and his entitlement to a fair trial.

F.H. v. McDougall, [2008] 3 R.C.S 41, infirme la conclusion de la Cour d'appel dans l'arrêt *FH v McDougall*, [2007] BCJ No 721 mais ne porte pas en question les observations qui suivent :

121 In *Garda v. Osborne* (1996), 72 B.C.A.C. 101, [1996 CanLII 2963] Goldie J.A. writing for the court said this at paras. 51-54:

51 I earlier set out the trial judge's finding on credibility where he referred to the "demeanour of the witnesses".

52 Mr. Taylor [le procureur de la partie qui porte en appel le premier jugement] criticizes this. He relies upon the judgment of Mr. Justice O'Halloran in *Faryna v. Chorny* (1951) 4 W.W.R. (N.S.) 171 (B.C.C.A.) as requiring something more: that the evidence of the witness be consistent with the probabilities of the case as a whole. Demeanour is not confined to physical acts of a witness while testifying. I refer to the dissenting judgment of Madam Justice L'Heureux Dubé in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103 at 1148 as illustrative of what I conceive to be the factors which this word reminds an appellate court it must keep in mind:

The principle of curial deference is not simply based upon what appellate courts may do, acting within their jurisdiction. It is based on the recognition of the "signal advantage" enjoyed by lower courts and quasi-judicial bodies which see and hear witnesses. The classic statement on this subject is found in *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, where Lord Shaw of Dunfermline states (at p. 36): [...]

53 She went on to note this rationale had been adopted consistently by the Supreme Court of Canada.

54 While I think it apparent the word "demeanour" is a convenient compendium of many factors I propose looking to the record to ascertain whether there is any "... rational basis for concluding that the trial judge erred in appreciation of a relevant issue or in appreciation of evidence that would affect the propriety of his verdict."

Je crois qu'il est fort utile de reprendre la phrase contenue au paragr. 54 : "While I think it apparent the word 'demeanour' is a convenient compendium of many factors I propose looking to the record

to ascertain whether there is any ‘... rational basis for concluding that the trial judge erred in appreciation of a relevant issue or in appreciation of evidence that would affect the propriety of his verdict.’” Exprimé autrement, la Cour a jugé que le vocable “comportement” est un outil du genre porte-manteau sur lequel on cherche à accrocher tous les moyens possibles qui pourraient porter atteinte aux conclusions du juge de première instance.

Le dernier jugement qui vaille d’être revue en profondeur est celui de *Trudeau v. Manitoba Power Commission et al.*, [1957] MJ No 72 (C.A.)⁶ puisqu’il résume très bien la controverse générale entourant la preuve du comportement. Par après, nous allons revoir les passages du roman qui illustrent, autant que faire se peut, la portée limitée de cette preuve en rapport au témoin qui cille. Ainsi :

30 Our duty is to accept the findings of a trial Judge unless convinced that they are wrong. It should not be but it is necessary to restate this principle because Courts of Appeal continue to be pressed to ignore findings of facts and credibility and to proceed as if appeal were a trial de novo on the record.

31 The rules to be followed have been stated in countless authorities of weight. In *Powell v. Streatham Manor Nursing Home* [1935] A.C. 243, Lord Atkin said at p. 255:

I wish to express my concurrence in the view that on appeals from the decision of a judge sitting without a jury the jurisdiction of the Court of Appeal is free and unrestricted. The Court has to rehear, in other words has the same right to come to decisions on the issues of fact as well as law as the trial judge. But the Court is still a Court of Appeal, and in exercising its functions is subject to the inevitable qualifications of that position. It must recognize the onus upon the appellant to satisfy it that the decision below is wrong: it must recognize the essential advantage of the trial judge in seeing the witnesses and watching their demeanour. In cases which turn on the conflicting testimony of witnesses and the belief to be reposed in them an

⁶ Ce qui suit est une liste de jugements qui citent Lord Shaw sans jamais critiquer ses remarques et sans offrir un seul exemple d’un témoin qui a cillé :

Bowden v. Roberts, [1982] B.C.J. No. 2030 (C.A.), au paragr. 7; *Midland Superior Express Ltd. v. McCormack*, [1961] A.J. No. 3, (C.A.), au paragr. 12; *R. v. Leskosek*, [1996] B.C.J. No. 187 (C.A.), au paragr. 19; *Bennett v. Buschgens et al.*, [1979] B.C.J. No. 2118 (C.A.), au paragr. 16; *S. H. L. Corp. v. Harvey Hooper Lobsters Ltd.*, [1981] N.B.J. No. 82 (C.A.), au paragr. 37; *Keefe v. Fort*, [1978] N.S.J. No. 554 (C.A.), au paragr. 22; *R. v. LeDrew*, [2007] P.E.I.J. No. 54 (Sup. Ct.), au paragr. 31; *Sinclair v. Maillett*, [1951] N.B.J. No. 6 (C.A.); *B. v. Harrison*, [1962] B.C.J. No. 45 (C.A.), au paragr. 44; *Associates v. Kirchhof*, [2000] O.J. No. 3434 (Sup. Ct.), au paragr. 5; *R. v. Kenney*, [1978] N.B.J. No. 152 (CCJ); *Reid v. Global General Insurance Co.*, [1968] A.J. No. 18 (C.A.), au paragr. 37; *Underwood v. Brown*, [1987] B.C.J. No. 470 (C.A.); *R. v. Pollard*, [2000] N.J. No. 235 (T.D.), au paragr. 11; *Groh v. Ritter*, [1935] B.C.J. No. 49 (C.A.), au paragr. 13; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] B.C.J. No. 1395 (C.A.), au paragr. 345 (le jugement de la Cour suprême qui infirme cet arrêt n’est pas pertinent); *Long Lake School Division No. 30 v. Schatz*, [1986] S.J. No. 138 (C.A.); *Jeffs and Jeffs v. Matheson; Matheson and Matheson v. Jeffs et al.*, [1951] O.R. 743 (C.A.); *Huard c. R.*, [1985] J.Q. no 138 (C.S.), au paragr. 22; *New Brunswick (Workmen's Compensation Board) v. Canada*, [1977] F.C.J. No. 310 (C.A.), au paragr. 27; *Giroux v. Canada*, [2001] F.C.J. No. 803 (T.D.), au paragr. 34; *Mercantile Bank and Trust Co. (Liquidators of) v. Credit Europeen S.A.*, [1981] N.B.J. No. 19 (C.A.), au paragr. 9; *Boucher c. Québec (Procureur général)*, [1991] J.Q. no 225 (C.A.).

appellate Court can never recapture the initial advantage of the judge who saw and believed."

32 And Lord Wright at pp. 265-6 :

Two principles are beyond controversy. First it is clear that in an appeal of this character, that is from the decision of a trial judge based on his opinion of the trustworthiness of witnesses whom he has seen, the Court of Appeal [quoting Lord Kingsdown in *The Julia* (1860) 14 Moo. P.C. 210, 235] 'must, in order to reverse, not merely entertain doubts whether the decision below is right, but be convinced that it is wrong.' And secondly the Court of Appeal has no right to ignore what facts the judge has found on his impression of the credibility of the witnesses and proceed to try the case on paper on its own view of the probabilities as if there had been no oral hearing." And at p. 267: "But where the evidence is conflicting and the issue is one of fact depending on evidence, any judge who has had experience of trying cases with witnesses cannot fail to realize the truth of what Lord Sumner says: as the evidence proceeds through examination, cross-examination and re-examination the judge is gradually imbibing almost instinctively, but in fact as a result of close attention and of long experience, an impression of the personality of the witness and of his trustworthiness and of the accuracy of his observation and memory or the reverse. He will not necessarily distrust a witness simply because he finds him inaccurate in some details; he can give such inaccuracy its proper place, particularly if he sees that the witness is tired, or antagonized, or confused, or perhaps impatient, and especially if the matter of the inaccuracy is of minor or collateral importance. But such inaccuracies may appear in a very different light when pointed to as isolated passages in the shorthand notes and abstracted from the human atmosphere of the trial and from the totality of the evidence. The judge will form his impression from the whole personality of the witness: he can allow for the nervous witness, standing up in a crowded Court or worried by the strain of cross-examination. The judge may be deceived by an adroit and plausible knave or by apparent innocence: for no man is infallible; but in the main a careful and conscientious judge with his experience of Courts is as likely to be correct in his impressions as any tribunal."

33 In *Clarke v. Edinburgh & District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35 at pp. 36-37, Lord Shaw of Dunfermline expresses this view:

When a Judge hears and sees witnesses and makes a conclusion or inference with regard to what is the weight on balance of their evidence, that judgment is entitled to great respect, and that quite irrespective of whether the Judge makes any observation with regard to credibility or not. I can of course quite understand a Court of appeal that says that it will not interfere in a case in which the Judge has announced as part of his judgment that he believes one set of witnesses, having seen them and heard them, and does not believe another. But that is not the ordinary case of a cause in a Court of justice. In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in

even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page. What in such circumstances, thus psychologically put, is the duty of an appellate Court? In my opinion, the duty of an appellate Court in those circumstances is for each Judge of it to put to himself, as I now do in this case, the question, Am I-- who sit here without those advantages, sometimes broad and sometimes subtle, which are the privilege of the Judge who heard and tried the case-- in a position, not having those privileges, to come to a clear conclusion that the Judge who had them was plainly wrong? If I cannot be satisfied in my own mind that the Judge with those privileges was plainly wrong, then it appears to me to be my duty to defer to his judgment."

34 In *S.S. "Hontestroom" v. S.S. "Sagaporack,"* [1927] A.C. 37, Lord Sumner said at p.47:

"None the less, not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the trial judge, and, unless it can be shown that he has failed to use or has palpably misused his advantage, the higher Court ought not to take the responsibility of reversing conclusions so arrived at, merely on the result of their own comparisons and criticisms of the witnesses and of their own view of the probabilities of the case." And at p. 49:"At least we should not make further difficulties for ourselves by assuming that the trial judge has not understood the case, if his views do not agree with our own, or by overruling his estimate of the witnesses on a paper review of their words, stripped of the material colour, which hesitation or promptitude, shiftiness or candour may well have given them. It is, of course, true that the trial judge may have been imposed upon, but I think it is more useful, that we should be on our guard against imposing on ourselves."

35 The Supreme Court of Canada has very often had to remind Courts of Appeal of the extreme caution they are to observe before interfering with findings of fact whether by jury or Judge.

36 In *Murray v. Delta Copper Co.,* [1925] 4 D.L.R. 1061 at p. 1064, [1926] S.C.R. 144 at p. 148 Newcombe J. said:

"It is not the view of the learned Judges of the Court of Appeal upon the merits involved in the issue of fact which should govern the disposition of the case. It is for the Court of Appeal to ascertain whether there is evidence upon which the trial Judge could find as he did find; and, if there be evidence of the facts found to which he could reasonably give effect, having due regard to the weight of evidence, it is for the Court to consider further whether his finding is based upon any misdirection occasioning a substantial miscarriage of justice, or the judgment, in the light of the evidence, and having regard to the course of the trial, discloses any error of law. If there be no error in these particulars the judgment should be permitted to stand."

37 In *Green et al. v. C.N.R.,* [1932], 4 D.L.R. 593 at pp. 605-6, S.C.R. 689 at p. 699, 40 C.R.C. 157 at p. 170 Lamont J. said : "Where a finding of fact made by a trial Judge is based upon the credibility of the witnesses, the weight which an Appellate Court should

accord to his finding is scarcely distinguishable from the weight which would be given to it had it been found by a jury."

38 In *Dawes & Crescent Creamery Co. v. Gaye*, [1942], 4 D.L.R. 129, S.C.R. 369, the trial Judge in an intersection collision case found for the plaintiff on conflicting evidence. This Court, by a majority of three to two, reversed the trial Judge, whose judgment was restored in the Supreme Court of Canada, where Hudson J. said: "The questions involved are almost entirely questions of fact. In action of this kind the trial Judge manifestly has advantages over an appellate tribunal."

39 In *Semanczuk v. Semanczuk*, [1955], 4 D.L.R. 6, S.C.R. 658, reversing a judgment of this Court, the principle had again to be stated, Locke J. saying at pp. 13-4 D.L.R., p. 667 S.C.R.: "The questions to be determined in this case were questions of fact. The issue depended upon the Judge's finding as to the truth or falsity of the evidence given by the parties. I can find nothing in the record to indicate that, in reaching the conclusion that the respondent's story was not worthy of credence, the learned trial Judge acted upon any wrong principle or was influenced by any irrelevant matters. He had the great advantage, which the Court of Appeal had not and we have not, of hearing these parties give their evidence, observing their demeanour and judging as to their veracity, with this assistance." And further, on the same page: "In *Yuill v. Yuill*, [1945] P. 15 at p. 19, Lord Greene M.R., referring to cases where the question was one of the veracity of the witnesses, said that it could only be on the rarest occasions and in circumstances where the Appellate Court is convinced by the plainest considerations that it would be justified in finding that the trial Judge had formed a wrong opinion. To the same effect is the judgment of the House of Lords in *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*.... and that of Viscount Simon in *Watt v. Thomas*.... at p. 486."

40 Bearing in mind that the weight which an appellate Court should accord to findings of fact by a trial Judge is scarcely distinguishable from the weight which is given to findings by a jury, I observe that this Court in *Adams v. Manitoba Power Com'n & Paulson*, [1953] 3 D.L.R. 168, 61 Man. R. 175, approved the following language of Lord Tucker in *Sigurdson v. B.C. Elec. R. Co.*, [1952] 4 D.L.R. 1 at p. 5: "It may be well to observe that the issues involved in this and other similar cases turn upon questions of fact and that when a jury is the tribunal of fact to which those issues are committed their findings--subject to questions of misdirection or misreception of evidence--cannot be set aside unless they are of such a nature that having regard to the evidence no reasonable men could have arrived thereat. It is not for an Appellate Court however much it may differ from the conclusions reached by the jury to substitute its own findings for those of the jury."

41 Once the findings of the learned trial Judge are accepted it becomes evident that the Court is being asked to vary the apportionment of different degrees of blame. Counsel conceded during argument that there was some evidence upon which the learned trial Judge could have found contributory negligence on the part of plaintiff.

Le contrat de mariage à titre de source d'illustration des cillements des témoins

Un premier exemple nous renseigne quant aux éléments du comportement associés aux sourcils :

Natalie avait la taille ronde, signe de force, mais indice immanquable d'une volonté qui souvent arrive à l'entêtement chez les personnes dont l'esprit n'est ni vif ni étendu. Ses mains de statue grecque confirmaient les prédictions du visage et de la taille en annonçant un esprit de domination illogique, le vouloir pour le vouloir. Ses sourcils se rejoignaient, et, selon les observateurs, ce trait indique une pente à la jalousie. La jalousie des personnes supérieures devient émulation, elle engendre de grandes choses; celle des petits esprits devient de la haine. [Soulignement ajouté.]

Il y a fort à parier qu'aucun jury ne recevrait des directives quant au comportement des témoins à l'effet qu'il leur est loisible de conclure que des sourcils qui se rejoignent sont la conséquence d'un trait portant vers la jalousie, laissant de côté la croyance que véhicule le romancier à l'effet que la taille annonce l'entêtement ou que les mains donnent lieu à une croyance fondée que le manque de rigueur sous-tend la pensée.

Poursuivons. L'exemple suivant laisse entendre que les mouvements des sourcils peuvent être associés à des événements importants, par exemple la perte d'une fortune, sans que cela en soit une conséquence inévitable :

Hé! mon Dieu, monsieur, dit madame Évangélista qui voyait sa perte dans un retard, tout est pesé. J'ignorais ce qu'était un mariage en France, je suis Espagnole et créole. J'ignorais qu'avant de marier ma fille il fallût savoir le nombre de jours que Dieu m'accorderait encore, que ma fille souffrirait de ma vie, que j'ai tort de vivre et tort d'avoir vécu. Quand mon mari m'épousa, je n'avais que mon nom et ma personne. Mon nom seul valait pour lui des trésors auprès desquels pâlissaient les siens. Quelle fortune égale un grand nom? Ma dot était la beauté, la vertu, le bonheur, la naissance, l'éducation. L'argent donne-t-il ces trésors? Si le père de Natalie entendait notre conversation, son âme généreuse en serait affectée pour toujours et lui gâterait son bonheur en paradis. J'ai dissipé follement peut-être! quelques millions sans que jamais ses sourcils aient fait un mouvement. Depuis sa mort, je suis devenue économe et rangée en comparaison de la vie qu'il voulait que je menasse. Brisons donc! Monsieur de Manerville est tellement abattu que je ... [Soulignement ajouté.]

« Au premier froncement de sourcils que se permettrait ton mari, fière comme je le suis, ne quitterais-je pas à l'instant la maison? » est le prochain exemple, un qui suggère sans ambages que les sourcils trahissent les pensées. Plus loin, Balzac a écrit : « Mais, ma mère chérie, ne sommes-nous donc pas assez fortes toutes les deux pour rester ensemble près de lui, sans avoir à redouter ce froncement de sourcils que vous paraissez redouter? Paul t'aime, maman. »

La question de froncer les sourcils est évoquée par après : « Si vous aviez raison, mon cher, dit Paul en fronçant le sourcil, je serais encore plus malheureux. N'aggravez pas mes douleurs par une morale après la chute, laissez-moi partir sans arrière-pensée... »

Il sera utile de conclure en soulignant d'autres exemples de ciller. *Primo*, le roman L'étrange cas du Dr. Jekyll et de Mr. Hyde, au chapitre VII, contient ce passage : « ... Monsieur, dit-il au notaire

en le regardant droit dans les yeux, était-ce la voix de mon maître? - Je l'ai trouvée changée, répondit Mr. Utterson qui était très pâle mais qui ne cilla pas sous le regard du [notaire] » Voir la page 1048 du collectif « Stevenson », Robert Laffont. *Secundo*, « Et il cilla à plusieurs reprises comme font les gens au théâtre, quand ils ont envie de pleurer. Toulet, Les Tendres ménages, 1904, p. 142 et *tertio*, « Puis ce furent des kilomètres de silence... La fille se tournait vers sa mère, qui cillait à son tour du côté de Michaël. » H. Bazin, La Part du pauvre, 1954, p. 13. Enfin, « Je ne bronche, ni ne cille. » Colette, Claudine à l'école, 1900, p. 182).