

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* N.S., 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726 | **Date :** 20121220**Dossier :** 33989 |

**Entre :**

**N.S.**

Appelante

et

**Sa Majesté la Reine, M---d S. et M---l S.**

Intimés

- et -

**Commission ontarienne des droits de la personne, Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), Muslim Canadian Congress, South Asian Legal Clinic of Ontario, Barreau du Québec, Association canadienne des libertés civiles, Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et Canadian Council on American-Islamic Relations**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 57)**Motifs concordants :**(par. 58 à 79)**Motifs dissidents :**(par. 80 à 110) | La juge en chef McLachlin (avec l’accord des juges Deschamps, Fish et Cromwell)Le juge LeBel (avec l’accord du juge Rothstein)La juge Abella |

R. *c.* N.S., 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726

N.S. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine,

M---d S. et

M---l S. *Intimés*

et

Commission ontarienne des droits de la personne,

Barbra Schlifer Commemorative Clinic,

Criminal Lawyers’ Association (Ontario),

Muslim Canadian Congress,

South Asian Legal Clinic of Ontario,

Barreau du Québec,

Association canadienne des libertés civiles,

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et

Canadian Council on American-Islamic Relations *Intervenants*

**Répertorié : R. *c.* N.S.**

2012 CSC 72

No du greffe : 33989.

2011 : 8 décembre; 2012 : 20 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

en appel de la cour d’appel de l’ontario

 *Charte des droits* — *Liberté de religion* — *Procès équitable* — *Droit de présenter une défense pleine et entière* — *À l’enquête préliminaire dans un procès pour agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage* — *L’obligation faite au témoin d’enlever son niqab pour témoigner porte-t-elle atteinte à sa liberté de religion?* — *Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l’équité du procès?* — *Les deux droits peuvent-ils être conciliés de façon à éviter le conflit qui les oppose?* — *Dans la négative, les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin d’enlever son niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables* — *Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 7, 11d).*

 *Droit criminel* — *Preuve* — *Contre-interrogatoire* — *À l’enquête préliminaire dans un procès pour agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage* — *Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque grave pour l’équité du procès?*

 Les intimés M---d S. et M---l S. sont accusés d’agression sexuelle à l’endroit de N.S. Le ministère public a assigné N.S. à témoigner à l’enquête préliminaire. N.S., une musulmane, a indiqué que, pour des motifs religieux, elle voulait témoigner en portant son niqab. À l’issue d’un voir-dire, le juge présidant l’enquête préliminaire a conclu que la conviction religieuse de N.S. n’était « pas tellement forte » et lui a ordonné d’enlever son niqab. En appel, la cour d’appel a conclu que si, en raison des faits, la liberté de religion du témoin et le droit de l’accusé à un procès équitable sont en jeu et ne peuvent être conciliés, il peut être ordonné au témoin, selon les circonstances, d’enlever son niqab. La Cour d’appel a renvoyé l’affaire au juge présidant l’enquête préliminaire. N.S. a fait appel de cette décision.

 *Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté et l’affaire est renvoyée au juge présidant l’enquête préliminaire.

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish et Cromwell : Il s’agit de déterminer dans quel cas, s’il en est, la personne qui porte un niqab pour des motifs religieux peut être requise de l’enlever pendant son témoignage. Deux catégories de droits garantis par la *Charte* sont susceptibles d’entrer en jeu — la liberté de religion du témoin et le droit de l’accusé à un procès équitable, y compris le droit de présenter une défense pleine et entière. Une mesure extrême, qui obligerait toujours, ou n’obligerait jamais, le témoin à enlever son niqab durant son témoignage serait indéfendable. La solution consiste à trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion et l’équité du procès, eu égard à l’affaire particulière dont la cour est saisie. La personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une procédure criminelle sera obligée de l’enlever si deux conditions sont respectées : a) cette mesure est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; et b) les effets bénéfiques de l’obligation d’enlever le niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables.

 L’application de ce cadre d’analyse suppose que l’on réponde à quatre questions. Premièrement, le fait d’obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion? Pour se prévaloir de l’al. 2*a*) de la *Charte*, N.S. doit établir que sa volonté de porter le niqab pendant son témoignage est fondée sur une croyance religieuse sincère. Le juge présidant l’enquête préliminaire a conclu que la croyance religieuse de N.S. n’était pas assez forte. À cette étape toutefois, l’examen doit porter sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force.

 La seconde question est la suivante : le fait d’autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l’équité du procès? Suivant une présomption profondément enracinée dans notre système juridique, il importe pour la tenue d’un procès équitable que l’on puisse voir le visage du témoin, ce qui favorise un contre-interrogatoire efficace et une appréciation exacte de la crédibilité. Le dossier qui nous a été présenté ne démontre pas l’absence de fondement ou le caractère erroné de cette présomption. Toutefois, la question de savoir si l’impossibilité d’observer le visage d’un témoin met en danger l’équité du procès dans un cas en particulier dépendra de la déposition que doit faire le témoin. Si le témoignage n’est pas contesté, l’appréciation de la crédibilité ainsi que l’efficacité du contre-interrogatoire ne sont pas en cause. Par conséquent, l’impossibilité de voir le visage du témoin ne portera pas atteinte au droit à un procès équitable. Si le port du niqab ne présente pas de risque sérieux pour l’équité du procès, le témoin qui souhaite le porter pour des motifs religieux sincères peut le faire.

 Si, en raison des faits en cause, la liberté de religion et l’équité du procès entrent en jeu, il faut répondre à une troisième question : y a-t-il moyen de réaliser les deux droits et d’éviter le conflit qui les oppose? Le juge doit se demander s’il existe d’autres mesures raisonnables qui permettraient de respecter les convictions religieuses du témoin tout en prévenant un risque sérieux pour l’équité du procès.

 Si aucun accommodement n’est possible, il faut répondre à une quatrième question : les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables? Le préjudice causé par la restriction de la pratique religieuse sincère du témoin constitue un des effets préjudiciables. Le juge doit examiner l’importance que la personne accorde à sa pratique religieuse, la mesure dans laquelle l’État intervient dans cette pratique ainsi que la situation dans la salle d’audience — les personnes présentes et les mesures en place pour limiter la visibilité du visage. Le juge doit également prendre en considération l’ensemble des préjudices causés à la société, par exemple décourager les femmes qui portent le niqab de signaler les infractions et de participer au système de justice. Les effets préjudiciables de l’obligation d’enlever le niqab doivent être évalués en fonction de ses effets bénéfiques. Ces derniers incluent la prévention du préjudice au droit de l’accusé à un procès équitable et la préservation de la considération dont jouit l’administration de la justice. Dans son examen du préjudice possible au droit de l’accusé à un procès équitable, le juge devrait déterminer si la déposition est essentielle à la poursuite ou si elle porte sur des points secondaires, la mesure dans laquelle l’efficacité du contre-interrogatoire du témoin et l’appréciation de la crédibilité de son témoignage est cruciale dans l’affaire, ainsi que la nature de l’instance. Lorsque la liberté de l’accusé est en jeu, que la déposition du témoin est capitale pour la poursuite et que sa crédibilité est cruciale, le risque d’une erreur judiciaire doit peser lourd dans la balance. Le juge doit évaluer tous ces facteurs et décider si les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin d’enlever le niqab pour témoigner sont plus importants que ses effets préjudiciables.

 Une règle claire selon laquelle le témoin devrait toujours, ou ne devrait jamais, être autorisé à porter un niqab pendant son témoignage ne peut être retenue. Toujours autoriser le témoin à porter un niqab en cour n’offrirait aucune protection du droit de l’accusé à un procès équitable et de l’intérêt de l’État à maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. Toutefois, ne jamais autoriser un témoin à porter un niqab pendant son témoignage ne respecterait pas le principe fondamental sous-tendant la *Charte* selon lequel les droits ne doivent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée.La nécessité de respecter les croyances religieuses sincères et de les mettre en balance avec d’autres intérêts est profondément enracinée en droit canadien.

 Il convient de concilier les droits qui s’opposent au moyen d’un accommodement si possible, et si le conflit ne peut être évité, au moyen d’une pondération au cas par cas. La *Charte*, qui protège à la fois la liberté de religion et le droit à un procès équitable, n’exige rien de moins.

 *Les* juges LeBel et Rothstein : Le présent pourvoi illustre les tensions et les changements que suscitent l’évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. Il ne s’agit pas en l’espèce d’une pure question de conflit et de conciliation entre un droit religieux et la protection du droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière; le litige fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale. La *Charte* garantit expressément la liberté de religion en son al. 2*a*). Par contre, le droit de l’accusé à un procès équitable, son droit d’opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui, de bénéficier de la présomption d’innocence garantie par la Constitution et la nécessité d’éviter les déclarations de culpabilité injustifiées constituent aussi des considérations fondamentales. Puisque le contre-interrogatoire constitue un outil nécessaire à l’exercice du droit de présenter une défense pleine et entière, les restrictions de ce droit sont plus lourdes de conséquences pour l’accusé, et la mise en balance doit favoriser ce dernier. Une défense indûment et irrégulièrement restreinte risque d’avoir une incidence sur l’appréciation de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé.

 La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l’acceptation du principe qu’elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine. Un appareil judiciaire transparent et indépendant constitue une composante essentielle d’un État démocratique fondé sur le droit et une valeur fondamentale au Canada. Dans cette perspective constitutionnelle plus large, le procès devient un acte de communication avec le grand public. Ce dernier doit être en mesure de voir comment fonctionne le système de justice. Le port du niqab dans la salle d’audience ne favorise pas les actes de communication. Le niqab soustrait le témoin à une interaction complète avec les parties, leurs avocats, le juge et les jurés. Le port du niqab est également incompatible avec les droits de l’accusé, avec la nature des procès publics contradictoires au Canada et avec la transparence et la neutralité religieuse — des valeurs constitutionnelles — dans cette démocratie contemporaine mais diversifiée qu’est le Canada. Le port du niqab ne devrait pas non plus dépendre de la nature ou de l’importance de la déposition, ce qui rendrait encore plus complexe la procédure du procès. Une interdiction claire de porter le niqab à toutes les étapes du procès criminel respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l’intégrité de celui-ci en tant qu’acte de communication.

 *La* juge Abella (dissidente) : Les effets préjudiciables de l’imposition, à la personne appelée à témoigner, de l’obligation d’enlever son niqab, avec la conséquence qu’elle ne témoignera probablement pas, qu’elle ne portera pas d’accusation en premier lieu ou, si elle est accusée, qu’elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense, sont beaucoup plus importants que ceux de l’impossibilité, pour l’accusé, de voir tout le visage d’un témoin. À moins que le visage de la personne qui témoigne soit directement pertinent à l’instance, notamment lorsque son identité est en cause, cette dernière ne devrait pas être tenue d’enlever son niqab.

 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 ou la voix. 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. Les tribunaux acceptent régulièrement les dépositions des témoins dont ils ne peuvent observer le comportement que partiellement et il existe 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. Le recours à un interprète, par exemple, peut fort bien avoir une incidence sur l’appréciation du comportement du témoin, mais il ne fait aucun doute que les interprètes ne rendent ni impossible, ni impraticable cette appréciation. 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 influer 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 atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable. Les personnes qui portent un niqab ne devraient pas être traitées différemment.

 Puisque l’impossibilité d’observer tout le visage d’un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue, de toute façon, un simple élément d’un outil imprécis d’appréciation de la crédibilité, rien ne justifie que l’on exige que tout le comportement puisse être observé dans les cas où une croyance religieuse s’y oppose. 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. Il est toujours loisible à l’avocat de la défense de contre-interroger rigoureusement le témoin.

 Une femme à qui l’on interdit de porter son niqab au cours de sa déposition ne peut pas se conformer à ses croyances religieuses. Cette situation a pour effet d’obliger un témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice. En conséquence, les plaignantes qui croient sincèrement que leur religion les oblige à porter le niqab en public peuvent choisir de ne pas porter d’accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit ou, de façon plus générale, de ne pas accepter de témoigner au procès d’une autre personne. Si le témoin est l’accusée, elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense. La conclusion de la majorité que l’impossibilité de voir le visage du témoin est acceptable du point de vue de l’équité du procès si le témoignage « n’est pas contesté » force essentiellement la plaignante dans un cas d’agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, à choisir entre le dépôt d’une plainte et le port du niqab, ce qui ne constitue peut-être pas du tout un véritable choix.

**Jurisprudence**

Citée par la juge en chef McLachlin

 **Arrêts appliqués :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; **arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351, conf. par [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. J.Z.S.*, 2010 CSC 1, [2010] 1 R.C.S. 3, conf. 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *R. c. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235.

Citée par le juge LeBel

 **Arrêts mentionnés :** *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

Citée par la juge Abella (dissidente)

 *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354; *R. c. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138; *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. c. A.F.*, 2005 ABCA 447, 376 A.R. 124; *R. c. R.S.M.*, 1999 BCCA 218 (CanLII); *R. c. Davis* (1995), 165 A.R. 243; *R. c. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. c. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2*a*), 7, 11*d*), 14, 27.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2(1), 709, 713, 714.3, 714.4, 715.

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

**Doctrine et autres documents cités**

Bakht, Natasha. « Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms », in Ralph Grillo et al., eds., *Legal Practice and Cultural Diversity*. Farnham, Surrey : Ashgate, 2009, 115.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London : Allen Lane, 2010.

Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie I, Directives préliminaires, 4.11 Évaluation de la preuve par témoin, mise à jour mars 2011 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers\_fr.asp?sel

Menu=lawyers\_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03\_fr.asp#\_Toc289419027).

Morrison, Barry R., Laura L. Porter and Ian H. Fraser. « The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses » (2007), 33 *Advocates’ Q.* 170.

Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience : In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*. New York : Basic Books, 2008.

Weinrib, Sara. « An Exemption for Sincere Believers : The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2011), 56 *R.D. McGill* 719.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Sharpe), 2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161, 326 D.L.R. (4th) 523, 269 O.A.C. 306, 262 C.C.C. (3d) 4, 80 C.R. (6th) 84, 220 C.R.R. (2d) 146, [2010] O.J. No. 4306 (QL), 2010 CarswellOnt 7640, qui a infirmé en partie une décision du juge Marrocco (2009), 95 O.R. (3d) 735, 191 C.R.R. (2d) 228, 2009 CanLII 21203, [2009] O.J. No. 1766 (QL), 2009 CarswellOnt 2268, qui a annulé l’ordonnance du juge Weisman de la Cour de justice de l’Ontario en date du 16 octobre 2008. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

 *David B. Butt*, pour l’appelante.

 *Elise Nakelsky* et *Benita Wassenaar*, pour l’intimée Sa Majesté la Reine.

 *Douglas Usher* et *Michael Dineen*, pour l’intimé M---d S.

 Personne n’a comparu pour l’intimé M---l S.

 Argumentation écrite seulement par *Anthony D. Griffin* et *Reema Khawja*, pour l’intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

 *Rahool P. Agarwal*, *Michael Kotrly*, *Vasuda Sinha* et *Brydie Bethell*, pour l’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

 *Frank Addario* et *Emma Phillips*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

 *Tyler Hodgson*, *Heather Pessione* et *Ewa Krajewska*, pour l’intervenant Muslim Canadian Congress.

 Argumentation écrite seulement par *Ranjan K. Agarwal* et *Daniel T. Holden*, pour l’intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario.

 Argumentation écrite seulement par *Babak Barin* et *Sylvie Champagne*, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

 Argumentation écrite seulement par *Bradley E. Berg* et *Rahat Godil*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

 Argumentation écrite seulement par *Susan M. Chapman* et *Joanna Birenbaum*, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

 *Faisal Bhabha*, pour l’intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations.

 Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Fish et Cromwell rendu par

 La Juge en chef —

I. Introduction

1. Que devrait répondre l’État à une personne appelée à témoigner dont les croyances religieuses sincères l’obligent à porter, pendant son témoignage dans une instance criminelle, un niqab qui voile son visage, sauf les yeux? Il est possible de répondre qu’elle doit toujours enlever son niqab, puisque la salle d’audience est un espace neutre où la religion n’a pas sa place. Il est aussi possible de répondre que le système de justice devrait respecter la liberté de religion du témoin et toujours lui permettre de témoigner en portant le niqab. À mon avis, ces deux extrêmes doivent être rejetés en faveur d’une troisième solution : permettre au témoin de déposer à visage voilé à moins que cela ne porte atteinte d’une façon injustifiée au droit de l’accusé à un procès équitable.
2. Une réponse laïque obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l’entrée de la salle d’audience est incompatible avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n’est justifiable. Par contre, répondre que le témoin peut toujours déposer à visage voilé pourrait rendre un procès inéquitable et entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée. Il faut plutôt adopter une démarche qui, en cas de conflit, met en équilibre les droits fondamentaux protégeant la liberté de religion et l’équité du procès. Les tribunaux canadiens ont depuis longtemps pour pratique de respecter les convictions religieuses des témoins et de s’y adapter, à moins que ces convictions ne posent un risque considérable ou sérieux pour l’équité du procès. La *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège à la fois la liberté de religion et le droit à un procès équitable, n’exige rien de moins.
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.

II. Le contexte

1. Les faits peuvent être résumés en quelques mots. M---d S. et M---l S. sont accusés d’agression sexuelle contre N.S. Les accusés sont, respectivement, le cousin et l’oncle de N.S. La poursuite a assigné N.S. à témoigner à l’enquête préliminaire. N.S., qui est musulmane, voulait témoigner en portant son niqab. M---d S. et son co-accusé M---l S. ont demandé une ordonnance obligeant N.S. à enlever son niqab pour faire sa déposition. Le juge présidant l’enquête préliminaire a tenu un voir-dire au cours duquel N.S. portait son niqab. N.S. a affirmé que sa conviction religieuse l’obligeait à porter un niqab en public, lorsque des hommes (autres que certains membres de sa famille proche) peuvent la voir. Elle a admis avoir enlevé son niqab pour la photo de son permis de conduire, qui a été prise par une femme, et qu’elle l’enlèverait aussi en cas de besoin pour un contrôle de sécurité à un poste frontalier. Le juge a conclu que la conviction religieuse de N.S. n’était [traduction] « pas tellement forte » et lui a ordonné d’enlever son niqab. N.S. s’y est opposée. L’enquête préliminaire a été ajournée. N.S. a demandé à la cour supérieure d’annuler l’ordonnance du juge présidant l’enquête préliminaire et de lui permettre de porter le niqab pendant son témoignage.
2. Le juge Marrocco, de la Cour supérieure de justice, a annulé l’ordonnance enjoignant à N.S. de témoigner sans porter son niqab ((2009), 95 O.R. (3d) 735). Il a conclu que N.S. devrait pouvoir témoigner en portant un niqab si elle invoque des motifs religieux sincères à l’appui, mais que le juge présidant l’enquête préliminaire pourrait exclure son témoignage s’il estimait que le port du niqab empêcherait un véritable contre-interrogatoire. N.S. a interjeté appel de cette décision et M---d S. a formé un appel incident.
3. Le juge Doherty de la Cour d’appel a conclu que le juge saisi d’une demande visant à permettre à une personne de témoigner en portant un niqab devrait déterminer si cette demande résulte d’une croyance religieuse sincère et, dans l’affirmative, si elle porte atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). S’il est impossible de concilier les droits du témoin et ceux de l’accusé en adaptant les procédures judiciaires pour qu’elles respectent la pratique religieuse, le droit de l’accusé à un procès équitable peut exiger que la personne appelée à témoigner soit tenue d’enlever son niqab. Il faut déterminer si la crédibilité du témoin est en cause, dans quelle mesure le port du niqab entrave l’appréciation du comportement, s’il s’agit d’un procès par jury ou devant un juge seul, l’étape de l’instance, la nature du témoignage (c.-à-d. s’il s’agit d’un témoignage principal ou secondaire, controversé ou non contesté), la nature des moyens de défense invoqués, ainsi que d’autres valeurs constitutionnelles et intérêts de la société. La Cour d’appel a renvoyé l’affaire au juge présidant l’enquête préliminaire pour qu’il la tranche selon ses directives. N.S. a fait appel de cette décision.

III. La question en litige

1. Il s’agit de déterminer dans quel cas, s’il en est, la personne qui porte un niqab pour des motifs religieux peut être requise de l’enlever pendant son témoignage. Deux catégories de droits garantis par la *Charte* sont susceptibles d’entrer en jeu — la liberté de religion du témoin (protégée par l’al. 2*a*)) et le droit de l’accusé à un procès équitable, y compris le droit de présenter une défense pleine et entière (protégés par l’art. 7 et l’al. 11*d*)). Dans l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*,[1994] 3 R.C.S. 835, la Cour a établi le cadre d’analyse permettant de cerner et de résoudre les conflits opposant des droits en common law. La démarche a été précisée dans *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Le cadre d’analyse a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, mais ses principes sont d’application plus large.
2. La première étape de l’analyse fondée sur les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* consiste à déterminer s’il est nécessaire en l’espèce d’autoriser le témoin à déposer en portant un niqab pour protéger sa liberté de religion. La deuxième étape consiste à déterminer s’il est nécessaire d’exiger du témoin qu’elle dépose sans porter le niqab pour assurer l’équité du procès. Il faut pour cela se demander s’il existe d’autres moyens d’assurer l’équité du procès tout en permettant au témoin d’exercer sa pratique religieuse. Enfin, en présence d’un véritable conflit qui ne peut être évité, il est nécessaire d’examiner les préjudices et de déterminer si les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin de retirer son niqab (par exemple, atténuer le risque de déclaration de culpabilité injustifiée) sont plus importants que ses effets préjudiciables (par exemple, porter atteinte à la croyance religieuse sincère du témoin) : voir *Dagenais*, p. 878; *Mentuck*, par. 32.
3. L’application de ce cadre d’analyse suppose que l’on réponde à quatre questions :

1. Le fait d’obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion?

2. Le fait d’autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l’équité du procès?

3. Y a-t-il possibilité de réaliser les deux droits et d’éviter le conflit qui les oppose?

4. S’il est impossible d’éviter le conflit, les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables?

IV. Le fait d’obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion?

1. N.S. fonde sa demande de porter un niqab pendant son témoignage sur la liberté de religion garantie par l’al. 2*a*) de la *Charte* :

 **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

 *a*) liberté de conscience et de religion;

1. Pour se prévaloir de l’al. 2*a*), N.S. doit établir que sa volonté de porter le niqab en cour est fondée sur une croyance religieuse sincère : *Syndicat Northcrest c. Amselem*,2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551. Il s’agit, à ce stade, de déterminer si N.S. *croit sincèrement* que sa religion l’oblige à porter un niqab en présence d’hommes qui ne sont pas des membres de sa famille, et notamment pendant son témoignage.
2. Le juge présidant l’enquête préliminaire n’a pas examiné adéquatement la question de savoir si le refus de N.S. d’enlever son niqab était fondé sur une croyance religieuse sincère. Vu qu’elle a enlevé le niqab pour la photo de son permis de conduire et affirmé qu’elle le ferait aussi pour un contrôle de sécurité, le juge présidant l’enquête préliminaire semble avoir conclu que la croyance religieuse de N.S. n’était pas assez [traduction] « forte ».
3. Ce n’était pas là une façon appropriée de statuer sur la question de savoir si N.S. a établi *prima facie* un droit religieux. Premièrement, la question de savoir si elle a un droit porte sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force. Comme je l’expliquerai plus loin, bien que la force d’une croyance religieuse du demandeur puisse être pertinente à l’étape de la mise en balance de cette croyance avec le droit de l’accusé à un procès équitable, il suffit que la croyance soit sincère pour conclure qu’elle est protégée. Deuxièmement, l’observance irrégulière d’une pratique religieuse peut laisser croire à l’absence d’une croyance sincère, mais ce n’est pas nécessairement le cas. Il est possible qu’un croyant sincère s’écarte à l’occasion de la pratique, que ses convictions changent au fil du temps ou que ses convictions permettent des exceptions à la pratique dans des cas particuliers. Les écarts antérieurs à la pratique devraient aussi être examinés dans leur contexte; un témoin ne devrait pas être privé du droit d’invoquer l’al. 2*a*) simplement parce qu’il a fait ce qui semblait être un compromis dans le passé pour participer à un aspect de la vie en société. Le juge présidant l’enquête préliminaire n’a pas examiné ces possibilités. Je conviens donc avec la Cour d’appel qu’il faut renvoyer l’affaire au juge présidant l’enquête préliminaire pour qu’il procède à un examen complet de la question de savoir si la volonté de N.S. de porter un niqab est fondée sur une croyance religieuse sincère.
4. Je tiens pour acquis, dans le reste de mes motifs, que N.S. a établi l’existence d’une croyance religieuse sincère qu’elle est tenue de porter le niqab lors du témoignage présenté au cours d’une instance criminelle publique. Dans de telles circonstances, le juge peut-il ordonner que le niqab soit enlevé au motif que son port nuirait au droit de l’accusé à un procès équitable?

V. Le fait d’autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l’équité du procès?

1. M---d S. plaide que le fait de permettre à N.S. de porter le niqab pendant son témoignage porterait atteinte à son droit à un procès équitable. L’article 7 et l’al. 11*d*) de la *Charte* protègent le droit de l’accusé à un procès équitable et son droit de présenter une défense pleine et entière. L’alinéa 11*d*) de la *Charte* prévoit ce qui suit :

 **11.** Tout inculpé a le droit :

. . .

 *d*) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable;

Le droit à un procès équitable englobe un droit de présenter une défense pleine et entière : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69. De manière plus générale, l’art. 7 de la *Charte* prévoit qu’il ne peut être porté atteinte au droit à la liberté qu’en « conformité avec les principes de justice fondamentale ». Parmi ces principes, il y a le droit à un procès équitable et le droit de présenter une défense pleine et entière. Les principes de justice fondamentale à l’art. 7 et les exigences de l’al. 11*d*) sont « inextricablement liés » : *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 95, citant *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603.

1. M---d S. plaide que le fait d’autoriser N.S. à déposer à visage voilé par un niqab le prive de son droit à un procès équitable de deux façons : premièrement, en empêchant la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire efficace et, deuxièmement, en faisant obstacle à la capacité du juge des faits (juge ou jury) d’apprécier la crédibilité de N.S.
2. En l’espèce, aucun expert n’a témoigné au sujet de l’importance de voir le visage du témoin pour la contre-interroger efficacement et apprécier exactement sa crédibilité. Tout ce dont nous disposons, ce sont des arguments ainsi que plusieurs articles juridiques et de sciences sociales que les parties ont présentés à l’appui.
3. M---d S. et le ministère public affirment que le lien est clair. La communication fait intervenir non seulement des mots, mais aussi l’expression du visage, qui peut être révélatrice d’incertitude ou de tromperie. Le contre-interrogateur peut déceler des signes non verbaux et s’en servir pour découvrir la vérité. L’appréciation de la crédibilité est tributaire des propos du témoin, mais elle l’est tout autant de la façon dont il les tient. Le contre-interrogatoire efficace et l’appréciation exacte de la crédibilité sont essentiels à la tenue d’un procès équitable. Il s’ensuit, selon M---d. S. et le ministère public, que le fait de permettre à la personne appelée à témoigner de porter un niqab pendant son témoignage risque de priver l’accusé du droit à un procès équitable.
4. N.S. et les intervenants qui l’appuient soutiennent, par contre, que l’importance qu’il y a à voir le visage du témoin a été grandement exagérée. Selon eux, les personnes n’ayant aucune formation en la matière ne peuvent pas déceler la tromperie dans l’expression du visage. De plus, à supposer que les signes non verbaux soient d’une utilité quelconque, le contre-interrogateur et le juge des faits peuvent toujours voir le regard du témoin qui porte un niqab, et entendre le ton et l’inflexion de sa voix.
5. Le dossier jette peu de lumière sur la question de savoir si le fait de voir le visage du témoin contribue de façon importante à l’efficacité du contre-interrogatoire et à l’appréciation de la crédibilité et, partant, à l’équité du procès. Le seul élément de preuve au dossier à ce sujet est un article non publié de quatre pages selon lequel les personnes n’ayant aucune formation en la matière ne peuvent déceler avec exactitude le mensonge dans l’expression du visage de l’interlocuteur. Le document n’a pas été attesté par un expert qui aurait pu être contre-interrogé. Les intervenants ont présenté des articles qui font état de l’existence ou de l’inexistence d’un lien, mais ces articles ne font pas partie du dossier et ne sont pas étayés par des témoins experts. Ils participent donc davantage de la rhétorique que des faits.
6. On peut toutefois se permettre d’affirmer que la common law, à laquelle s’ajoutent les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et la jurisprudence, part du principe que la possibilité de voir le visage du témoin constitue une caractéristique importante d’un procès équitable. Bien qu’elle ne soit pas concluante, en l’absence d’une preuve contraire, cette présomption de la common law ne peut être écartée à la légère.
7. En règle générale, dans les cours de common law de juridiction criminelle, les témoins sont tenus de déposer en audience publique et d’exposer leur visage au regard des avocats, du juge et du jury. La confrontation de l’accusé avec les témoins est la norme même s’il ne s’agit pas d’un droit constitutionnel indépendant : *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), p. 366-367, conf. par [1993] 4 R.C.S. 475. Certes, les présomptions de longue date de la common law peuvent être réfutées s’il est établi qu’elles sont erronées ou qu’elles reposent sur des préjugés sans fondement — d’où les réformes visant l’élimination des nombreux mythes ayant faussé auparavant le droit applicable en matière d’agression sexuelle. Cependant, le dossier qui nous a été présenté ne démontre pas l’absence de fondement ou le caractère erroné des présomptions de longue date de la common law quant à l’importance que revêt l’expression du visage du témoin pour le contre-interrogatoire du témoin et l’appréciation de sa crédibilité.
8. 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, conf. 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 » : art. 714.3 et 714.4. Cela aussi donne à penser que le défaut de voir le visage du témoin lors de son témoignage peut limiter l’équité du procès.
9. Le témoignage présenté à visage voilé peut faire obstacle au contre-interrogatoire : voir les motifs de la cour d’appel, par. 54. Un contre-interrogatoire efficace est indispensable à la tenue d’un procès équitable et à l’application utile de la présomption d’innocence : voir *R. c. Osolin*,[1993] 4 R.C.S. 595, p. 663-665; *Mills*,par. 69. Les entraves injustifiées peuvent miner l’équité du procès :

 . . . le droit de l’accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. [Je souligne.]

(*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 2)

La communication non verbale peut donner au contre-interrogateur de précieux indices susceptibles de révéler l’incertitude ou la tromperie, et l’aider à découvrir la vérité.

1. 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.
2. 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]

1. 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.
2. Toutefois, la question de savoir si la possibilité d’observer le visage d’un témoin a une incidence sur l’équité du procès dans chaque cas en particulier dépendra de la déposition que doit faire le témoin. Si son témoignage n’est pas contesté, l’appréciation de sa crédibilité ainsi que l’efficacité du contre-interrogatoire ne seront pas en cause; par conséquent, l’impossibilité de voir le visage du témoin ne portera pas atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable. Comme il est mentionné dans *Dagenais*, le risque pour l’équité du procès doit être « réel et important » (p. 878) ou, autrement dit, le risque doit être sérieux (*Mentuck*, par. 34).
3. Si le port du niqab ne présente pas de risque sérieux pour l’équité du procès, le témoin qui souhaite le porter pour des motifs religieux sincères peut le faire.

VI. Y a-t-il possibilité de réaliser les deux droits et d’éviter le conflit qui les oppose?

1. Si, en raison des faits en cause, la liberté de religion et l’équité du procès entrent en jeu, il s’agit de savoir comment le juge devrait concilier ces droits.
2. La réponse à cette question se trouve dans la démarche établie dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* ainsi que la jurisprudence de notre Cour. La solution ne consiste pas à exclure la religion de la salle d’audience, à transformer celle-ci en un espace « neutre » où les témoins doivent laisser de côté leurs convictions religieuses. La solution ne consiste pas non plus à faire abstraction du lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l’équité du procès, et à conclure que le témoin peut toujours porter son niqab lors de sa déposition. La solution consiste plutôt à trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion, d’une part, et l’équité du procès, d’autre part, eu égard à l’affaire particulière dont la Cour est saisie.
3. Selon le cadre établi dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, lorsque le juge est convaincu qu’en raison des faits en cause, les deux ensembles de droits concurrents entrent effectivement en jeu, il doit essayer de résoudre le litige de manière à préserver ces deux droits. *Dagenais* indique qu’il faut alors se demander s’il existe « d’autres mesures raisonnables » qui permettent d’éviter complètement le conflit (p. 878). C’est ce que nous appelons aussi un « accommodement ». Nous trouvons une solution qui respecte chacun des droits et convient à chacune des parties. Les deux droits sont respectés, et le conflit écarté.
4. Lorsque l’affaire sera renvoyée devant le juge présidant l’enquête préliminaire, les parties devraient être en mesure de lui présenter des éléments de preuve relatifs à diverses possibilités d’accommodement des droits susceptibles de s’opposer. Il s’agit de la première étape du processus de conciliation. La question est de savoir si une autre solution raisonnable permettrait de respecter les convictions religieuses du témoin tout en prévenant un risque sérieux pour l’équité du procès. Vu les faits de l’espèce, il se peut qu’aucun accommodement ne soit possible; l’exclusion des hommes de la salle d’audience aurait des répercussions sur le principe de la publicité des débats judiciaires, sur le droit de l’accusé d’assister à son procès, et peut-être sur son droit à l’assistance de l’avocat de son choix. Il se peut qu’une déposition faite à visage découvert au moyen d’un système de télévision en circuit fermé ou derrière un écran déroge aux obligations religieuses de N.S. Cependant, à la nouvelle audience, le juge présidant l’enquête préliminaire doit envisager des possibilités d’accommodement en fonction de la preuve présentée par les parties.

VII.Les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables?

1. En l’absence d’autre solution raisonnable permettant d’éviter le risque sérieux pour l’équité du procès tout en respectant les croyances religieuses du témoin, on passe à l’étape suivante de l’analyse décrite dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*. La question est de savoir si les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin de retirer 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 (*Dagenais*, p. 878; *Mentuck*, par. 32).
2. Comme il ressort clairement de l’arrêt *Dagenais*, il s’agit d’une analyse de la proportionnalité qui s’apparente au dernier volet du critère de l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il faut mettre en balance l’effet de l’insistance auprès du témoin pour qu’elle enlève le niqab pour témoigner, d’une part, et l’effet de l’autorisation de porter le niqab pendant le témoignage, d’autre part.
3. Pour ce qui est des effets préjudiciables de l’obligation faite au témoin de retirer le niqab pendant son témoignage, le juge doit examiner le préjudice causé par la restriction de la pratique religieuse sincère. La sincérité de la croyance religieuse a déjà été établie à la première étape consistant à déterminer si le droit garanti par l’al. 2*a*) entre en jeu; à la présente étape, il s’agit d’évaluer les répercussions de l’omission de protéger cette croyance sincère dans le contexte particulier. Il est difficile de mesurer la valeur de l’observance d’une conviction religieuse ou le préjudice causé par l’obligation de s’en écarter. La valeur de l’observance ne change pas selon que la pratique religieuse constitue une manifestation volontaire de sa foi ou une obligation impérative issue de la doctrine religieuse : *Amselem*, par. 47. Toutefois, il peut être utile de tenir compte de certaines considérations. Quelle importance la personne accorde-t-elle à sa pratique religieuse? Dans quelle mesure l’État intervient-il dans la pratique religieuse? (Voir *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 89-95.) En quoi la situation dans la salle d’audience — les personnes présentes et les mesures qui peuvent être mises en place pour limiter la visibilité du visage — atténue-t-elle le préjudice causé à la personne par l’atteinte à sa pratique religieuse? Ce ne sont là que quelques-unes des considérations qui peuvent être pertinentes pour déterminer l’effet qu’une ordonnance enjoignant au témoin d’enlever son niqab aurait sur le droit à la liberté de religion de ce témoin.
4. Le juge devrait également prendre en considération l’ensemble des préjudices que causerait à la société l’obligation faite à la personne d’enlever le niqab pour témoigner. Selon N.S. et les intervenants qui l’appuient, si les femmes qui portent le niqab sont obligées de l’enlever pendant leur témoignage au mépris de leur croyance religieuse sincère, elles hésiteront à signaler une infraction et à intenter une poursuite, ou à participer autrement au système de justice. Elles resteront sans recours pour les torts qui leur ont été causés. Elles n’obtiendront effectivement pas justice. Les auteurs des crimes commis à leur égard resteront impunis, à l’abri des conséquences juridiques. Ces considérations peuvent peser particulièrement lourd dans le cas d’une agression sexuelle comme en l’espèce. Reconnaissant la gravité de l’agression sexuelle et la mesure dans laquelle ce crime est peu signalé, les acteurs du système de justice ont poursuivi activement les auteurs de ces crimes au cours des dernières décennies. On a modifié les lois afin d’encourager les femmes et les enfants à témoigner. Les mythes qui faisaient autrefois obstacle à la déclaration de culpabilité ont été dissipés.
5. Après avoir examiné les effets préjudiciables que causerait l’obligation d’enlever le niqab pour témoigner, le juge doit également en considérer les effets bénéfiques. Ces derniers incluent la prévention de l’atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable et la préservation de la considération dont jouit l’administration de la justice. Une considération importante consistera à déterminer la mesure dans laquelle l’efficacité du contre-interrogatoire du témoin et l’appréciation de la crédibilité de son témoignage est cruciale dans l’affaire. Sur le plan individuel, les conséquences d’un procès inéquitable sont graves. Le droit à un procès équitable est un pilier essentiel sans lequel l’institution de la primauté du droit s’effondrerait. C’est la liberté d’une personne qui est jeu, rien de moins — son droit de vivre en liberté, à moins que l’État ne prouve, hors de tout doute raisonnable, qu’elle a commis un crime justifiant l’emprisonnement. Ce principe revêt une importance cruciale non seulement pour la personne traduite en justice, mais aussi pour la confiance du public dans le système de justice.
6. La nature de l’instance peut également être un facteur pertinent pour apprécier le préjudice au droit de l’accusé à un procès équitable si l’on permet au témoin de porter le niqab pendant qu’elle fait sa déposition : voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 36. Par exemple, le fait de déterminer si un élément de preuve est admissible lors d’un voir-dire ne soulève peut-être pas, pour ce qui est de découvrir la vérité au moyen du contre-interrogatoire et d’apprécier la crédibilité, les mêmes préoccupations que soulèverait le fait d’établir un élément factuel central de la preuve du ministère public.
7. Selon la Cour d’appel, le droit à un procès équitable pourrait avoir moins d’importance au stade de l’enquête préliminaire, où le juge n’a pas à tirer des conclusions relatives à la crédibilité : *R. c. Arcuri*,2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 32. Il est toutefois possible de mettre en doute cette affirmation, car la preuve recueillie à l’enquête préliminaire fait l’objet d’un contre-interrogatoire et peut être versée au dossier au procès : *Code criminel*, art. 715. De plus, l’enquête préliminaire vise notamment à permettre à l’avocat de la défense d’évaluer la solidité de la preuve du ministère public en contre-interrogeant ses témoins. Autoriser le témoin à porter le niqab à l’enquête préliminaire risque d’entraver la réalisation de cet objectif.
8. La Cour d’appel a indiqué que le préjudice au droit à un procès équitable serait moins grave dans le cas d’un procès devant un juge seul que dans celui d’un procès devant juge et jury. Le juge seul aurait l’avantage d’observer le témoin à deux occasions : d’abord au cours du voir-dire relatif à la liberté de religion revendiquée par le témoin, et ensuite lors de la déposition et du contre-interrogatoire du témoin. Comme l’a affirmé la Cour d’appel :

 [traduction] . . .  au cours de l’examen portant sur la liberté de religion revendiquée par le témoin, le juge peut fort bien apprécier la mesure dans laquelle le port du niqab influera sur sa capacité d’évaluer correctement le témoin. Le juge peut à juste titre tenir compte de cette impression pour décider de la meilleure façon de concilier le droit du témoin à la liberté de religion et le droit de l’accusé à un contre-interrogatoire complet. [par. 76]

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.

1. 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.
2. Il faut aussi tenir compte de la nature du témoignage que doit fournir la personne appelée à témoigner. La Cour d’appel a fait remarquer que si [traduction] « sa déposition [du témoin] est relativement accessoire, ou s’il est évident que la crédibilité du témoin ne sera pas en litige, la prétention selon laquelle l’enlèvement du niqab est essentiel à la possibilité de contre-interroger le témoin s’affaiblit » (par. 77). Comme nous l’avons déjà vu, si le témoignage n’est pas contesté, le droit de l’accusé à un procès équitable n’est pas menacé du fait que le témoin porte un niqab. Cependant, même lorsque l’équité du procès est en jeu, l’importance du témoignage pourrait influer sur l’appréciation que se fait le juge du risque posé par la dissimulation du visage du témoin. Comme l’a fait remarquer le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour) dans *R. c. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165 (C.A.) :

 [traduction] Le juge de première instance devrait tenir compte de l’importance du témoignage pour la preuve à charge. Plus le témoignage est important pour la preuve à charge, plus le juge de première instance doit être réticent à l’accepter sans que le témoin ne fasse l’objet d’un contre-interrogatoire complet. [par. 104]

1. Ce sont là quelques-uns des facteurs susceptibles d’être pertinents pour décider si la partie qui demande que le témoin enlève son niqab pour témoigner a établi que les effets bénéfiques de cette obligation sont plus importants que ses effets préjudiciables. D’autres facteurs seront sans aucun doute relevés à l’avenir dans d’autres instances, et les études scientifiques sur l’importance de voir le visage du témoin en contre-interrogatoire et pour l’appréciation de sa crédibilité peuvent accroître ou diminuer la solidité des arguments présentés en l’espèce. À ce point-ci toutefois, on peut dire que lorsque la liberté de l’accusé est en jeu, que la déposition du témoin est capitale pour la poursuite et que sa crédibilité est cruciale, le risque d’une erreur judiciaire doit peser lourd dans la balance, ce qui favorise l’enlèvement du niqab.
2. Le juge doit évaluer tous ces facteurs et décider si, dans l’affaire qui l’occupe, les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin d’enlever le niqab pour témoigner sont plus importants que ses effets préjudiciables.

VIII. Les solutions de rechange

1. 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.
2. Toutefois, certains des arguments qui nous ont été soumis militent contre une pondération contextuelle et plaident en faveur d’une règle claire. D’aucuns soutiennent que le témoin devrait toujours être autorisé à porter un niqab en cour, alors que d’autres plaident que le témoin ne devrait jamais être autorisé à voiler son visage en cour. Avec égards, bien que les deux positions offrent l’avantage d’une règle claire, ni l’une ni l’autre ne peut être retenue.
3. J’examine d’abord la position selon laquelle le témoin devrait toujours être autorisé à porter un niqab en cour. Le problème fondamental que pose cette solution réside dans l’absence de protection du droit de l’accusé à un procès équitable et de l’intérêt corrélatif de l’État à éviter une déclaration de culpabilité injustifiée et à maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. 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.
4. En l’absence d’éléments de preuve indiquant que ces convictions, confirmées par plusieurs siècles de pratique, sont des « mythes » sans fondement qui devraient être exclus du droit, nous ne devrions pas adopter une mesure si radicale. Par conséquent, on ne saurait retenir l’opinion que le témoin ne peut jamais être tenu d’enlever le niqab. L’approche préconisée dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, laquelle consiste à trouver le juste équilibre entre les droits contradictoires, n’est pas écartée.
5. À l’autre extrémité de l’éventail se trouve la thèse selon laquelle la salle d’audience doit constituer un espace où les convictions religieuses particulières d’une personne n’ont pas leur place. Selon cette thèse, si le niqab est une manifestation des opinions religieuses de la personne qui le porte, il n’a pas sa place en salle d’audience. La salle d’audience devrait constituer un espace « neutre » régi par des principes « neutres ». On fait valoir que les changements de procédure fondés sur des motifs religieux ne devraient donc pas être permis.
6. À mon avis, cette solution doit également être rejetée. Elle est incompatible avec la jurisprudence canadienne, la pratique adoptée en salle d’audience et notre tradition d’exiger des institutions et des représentants de l’État qu’ils respectent dans la mesure du possible les croyances religieuses sincères. Fait important, cette opinion restreint les droits religieux en l’absence d’un droit opposé qui prévaut et, partant, sans raison de les restreindre. Par conséquent, cette opinion ne satisfait pas au critère de la proportionnalité qui guide la jurisprudence relative à la *Charte* depuis l’arrêt *Oakes* de 1986.
7. Premièrement, comme nous l’avons vu, notre jurisprudence nous enseigne que, en cas de conflit entre des droits, il convient de concilier ceux-ci au moyen d’un accommodement si possible, et à la fin, si le conflit ne peut être évité, au moyen d’une pondération au cas par cas : *Dagenais*. Une règle absolue portant que la salle d’audience est un espace laïc où les croyances religieuses n’ont pas leur place constituerait l’unique exception à cette approche. Il ne serait pas nécessaire de tenter de respecter la croyance religieuse sincère du témoin. Aucune mesure visant à atténuer l’atteinte portée au droit n’aurait à être envisagée. On ne tenterait pas de concilier les droits qui s’opposent, la solution que nous avons constamment préconisée dans notre jurisprudence. Pourquoi? Tout simplement parce que la salle d’audience est le lieu où les droits entrent en conflit.
8. Deuxièmement, exclure la religion de la salle d’audience est étranger à la tradition canadienne. Depuis que le Canada existe, les Canadiens prêtent serment sur des livres saints — que ce soit la Bible, le Coran ou un autre texte sacré. Ils ont pour pratique de respecter les traditions religieuses dans la mesure du possible sans risquer de porter atteinte à l’équité du procès ou de perturber indûment les procédures. La *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5,permet à présent à un témoin de faire une affirmation solennelle plutôt que de prêter un serment de nature religieuse, mais elle n’exclut pas la possibilité de prêter serment en salle d’audience.
9. Troisièmement, la démarche retenue au Canada depuis 60 ans pour régler les conflits susceptibles d’opposer la liberté de religion à d’autres valeurs consiste à respecter la conviction religieuse de l’intéressé et à trouver des mesures d’accommodement dans la mesure du possible. On a demandé aux employeurs de modifier les pratiques en milieu de travail afin de respecter les croyances religieuses des employés : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 555; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*,[1994] 2 R.C.S. 525, p. 551-552; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 982.Les écoles, les villes, les législatures et d’autres institutions ont fait de même : *Saumur c. City of Quebec*,[1953] 2 R.C.S. 299, p. 327-329; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336-337; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*,[1986] 2 R.C.S. 713, p. 782; *Amselem*, par. 103; *Multani*, par. 2*.* La nécessité de respecter les croyances religieuses sincères et de les mettre en balance avec d’autres intérêts est profondément enracinée en droit canadien. Cette tradition nous sert bien depuis plus d’un demi-siècle. S’en écarter aurait pour effet d’engager le droit dans une nouvelle voie parsemée de virages et de détours inconnus.
10. Tout récemment, dans *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, la juge Deschamps a écrit ce qui suit au sujet de l’idéal de « neutralité » en droit :

 . . . suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l’État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d’autres termes, lorsqu’il respecte toutes les positions à l’égard de la religion, y compris celle de n’en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées. [par. 32]

1. Cela m’amène à la dernière raison de rejeter une règle qui ne permettrait jamais au témoin de déposer en portant un voile religieux qui couvre le visage. Cette règle ne respecte pas le principe fondamental sous-tendant la *Charte* selon lequel les droits ne doivent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée. Ce principe est énoncé à l’article premier de la *Charte* relativement aux règles de droit : les règles de droit qui limitent les droits garantis par la *Charte* sont invalides dans la mesure où la limite n’est pas raisonnablement justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. L’interdiction absolue de porter un voile religieux dissimulant le visage pendant tout témoignage présenté en salle d’audience aurait pour effet de restreindre la liberté de religion dans des cas où aucun motif valable n’en justifie la restriction. Comme je l’ai expliqué précédemment, le témoignage non contesté et non controversé ne met pas en jeu le droit à un procès équitable. L’interdiction absolue qui permettrait à l’État d’empiéter sans justification sur la liberté de religion n’est pas conforme à la prémisse sur laquelle repose la *Charte* : une définition libérale de la portée des droits qu’elle confère, conjuguée à l’exigence de justifier les atteintes à ces droits qui peuvent survenir en raison des intérêts contradictoires ou du bien public.

IX. Conclusion

1. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. L’affaire doit être renvoyée au juge présidant l’enquête préliminaire pour qu’il la tranche conformément aux présents motifs.

 Version française des motifs des juges LeBel et Rothstein rendus par

 Le juge LeBel —

I. Introduction

1. La Juge en chef propose de rejeter le pourvoi de N.S. Je souscris à sa conclusion. Elle formule toutefois une règle qui autoriserait les témoins à porter le niqab dans certaines situations. J’entretiens des réserves au sujet de sa démarche et j’en proposerai une différente. J’ajouterai donc quelques observations au sujet des questions importantes que soulève cet appel relativement à certains principes qui sous-tendent et régissent la Constitution canadienne et l’application de notre droit criminel. Je m’en remets aux faits tels qu’ils sont exposés dans les motifs de la Juge en chef sans les répéter, sauf si j’estime nécessaire de les préciser.
2. Une fois de plus, ce pourvoi fait ressortir les difficultés que pose l’instruction des accusations d’agression sexuelle et d’infractions connexes, particulièrement dans le contexte du cercle familial. Nous constatons que le présent pourvoi ne se résume pas à cela : il illustre également les tensions et les changements que suscitent l’évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. Notre Cour doit maintenant déterminer la façon de cerner le rapport — ou le conflit — entre l’affirmation d’un droit religieux par la victime d’une agression sexuelle et le droit d’un accusé de présenter sa défense ou, plutôt, d’opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. Selon la plaignante, sa foi islamique exige qu’elle porte en public, devant le tribunal, le niqab, un voile qui recouvre entièrement son visage. L’accusé réplique que, pour protéger ses droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière, la plaignante doit enlever son voile, en particulier lorsqu’elle témoigne ou subit un contre-interrogatoire. La Cour d’appel a tenté de concilier ces prétentions contradictoires. À la fin d’un long jugement soigneusement élaboré, elle a conclu que N.S. serait tenue d’enlever son voile, si cela s’avère nécessaire, afin de permettre à la défense de mener un contre-interrogatoire efficace (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). Elle n’a pas indiqué clairement si le port du niqab était compatible avec la nature d’un procès contradictoire public devant un tribunal canadien et avec les principes qui régissent le procès sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*, du droit criminel et de la common law.
3. La Cour d’appel et la plaignante ont considéré qu’il s’agissait en l’espèce d’une pure question de conflit et de conciliation entre un droit religieux et la protection du droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce conflit surgit, mais d’autres facteurs entrent en ligne de compte. L’affaire fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale. Le port du niqab est-il compatible non seulement avec les droits de l’accusée, mais aussi avec la transparence et la neutralité religieuse — des valeurs constitutionnelles — dans cette démocratie contemporaine mais diversifiée qu’est le Canada?
4. L’examen de cet aspect de l’affaire peut introduire d’autres interrogations sur le sens du multiculturalisme dans notre environnement démocratique. Je vais d’abord examiner le conflit entre les droits religieux invoqués par l’appelante et les droits de la personne qui fait l’objet de poursuites criminelles. J’aborderai ensuite brièvement les valeurs du système canadien de justice pénale et la pertinence qu’elles revêtent pour le règlement des questions soumises à notre Cour.

II. Le conflit entre les droits religieux et le processus de justice pénale

1. La liberté de religion est un droit fondamental. Elle touche souvent au cœur de l’identité de chaque être humain. La *Charte* garantit expressément cette liberté en son al. 2*a*). Par contre, les droits de l’accusé d’opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui et de bénéficier de la présomption d’innocence constituent eux aussi des droits fondamentaux. Le droit au contre-interrogatoire est considéré comme un élément du droit constitutionnel à une défense pleine et entière, mais il n’est pas absolu (*R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 27-28; *R. c. Levogiannis*,[1993] 4 R.C.S. 475). Les droits religieux ne sont pas absolus non plus (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567).
2. En l’espèce, notre Cour doit résoudre un conflit entre deux droits garantis par la Constitution à l’intérieur du cadre établi par le régime constitutionnel. Il ne s’agit pas de concilier un droit garanti par la Constitution, la liberté de religion, et un simple droit reconnu en common law, celui de contre-interroger un témoin, en l’occurrence la plaignante. Selon la jurisprudence, le droit au contre-interrogatoire constitue une composante du droit — garanti par la Constitution à l’accusé —d’opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui.
3. Certes, la Juge en chef reconnaît dans ses motifs l’importance que revêt le droit au contre-interrogatoire comme outil permettant d’assurer l’efficacité du droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Le contre-interrogatoire met le témoin à l’épreuve. Bien des contre-interrogatoires ne donnent aucun résultat ou, au bout du compte, servent en fait la cause de la poursuite. Certains portent fruit, parfois de manière brillante. À l’instar de la Juge en chef, j’estime que permettre d’observer le visage d’un témoin lors de son contre-interrogatoire représente un élément important dans l’exercice, par l’accusé, de son droit de se défendre contre des accusations criminelles, et que l’appelante n’a pas démontré l’inexactitude de ce point de vue.
4. Je ne mets pas en doute la sincérité des croyances religieuses de l’appelante. Je ne doute pas que le cadre d’un procès criminel ne semble guère agréable ou réconfortant pour les témoins ou les parties, surtout lorsqu’il s’agit, comme en l’espèce, d’agressions sexuelles, même celles commises à l’intérieur du cercle familial. Les avocats et les juges s’habituent à l’environnement de la salle d’audience. Les juges oublient peut-être à quel point il peut paraître étrange ou intimidant pour les personnes qui ne font pas du droit une carrière.
5. Le législateur et les tribunaux ont mis en place des mécanismes visant à protéger, au cours d’un procès criminel, les jeunes ou les victimes d’actes criminels comme l’agression sexuelle. Tous les membres de groupes réputés avoir besoin de protection durant un procès peuvent se prévaloir de ces mécanismes. Pourtant, malgré ces mesures de protection, l’environnement des salles d’audience peut traumatiser un bon nombre de parties et de témoins.
6. Au Canada toutefois, le processus du procès pénal demeure essentiellement fidèle, dans ses aspects principaux, au modèle accusatoire. Ce processus s’est développé en common law. Certains de ses éléments font désormais partie de l’ordre constitutionnel. Il arrive que l’accusé — la personne visée par ce processus — subisse lui-même une expérience pénible et traumatisante durant l’enquête criminelle, l’arrestation, le dépôt des accusations et l’attente d’un procès public. De fait, il est l’objet d’une procédure établie pour satisfaire l’intérêt public à poursuivre et punir les criminels. Néanmoins, le processus pénal lui-même vise également à garantir à l’accusé un procès équitable, à préserver la présomption d’innocence inscrite dans la Constitution et, espérons-le, à éviter les déclarations de culpabilité injustifiées. Le modèle du procès contradictoire repose sur l’interaction entre la poursuite, le plaignant, les avocats des parties, les témoins et, enfin, le juge et, s’il y a lieu, les jurés. Ce modèle de justice impose aux témoins et aux intéressés un lourd fardeau personnel dont on ne peut les délester entièrement. S’il en était autrement, le prix à payer pourrait fort bien être la suppression des droits les plus fondamentaux de l’accusé en droit criminel et dans la *Charte*.
7. Dans ce contexte, il serait possible de développer longuement le thème de conciliation des droits. Mais la Cour doit avant tout résoudre un problème d’équilibre entre deux droits protégés par la Constitution. À cet égard, je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que les droits de l’accusé doivent être protégés lorsque le litige porte sur la crédibilité d’un témoin clé relativement aux principales questions que pose une accusation. Puisque le contre-interrogatoire constitue un outil nécessaire à l’exercice du droit de présenter une défense pleine et entière, la restriction de ces droits est plus lourde de conséquences pour l’accusé, et la mise en balance favorise ce dernier. Une défense indûment et irrégulièrement restreinte risque d’avoir une incidence sur l’appréciation de sa culpabilité ou de son innocence. Il faut donc demander au témoin, la plaignante en l’espèce, d’enlever son voile lorsqu’elle témoigne à l’enquête préliminaire et au procès.

III. Le niqab — certains aspects pratiques du déroulement du procès

1. Toutefois, je ne souscris pas pour autant à la solution que propose la Juge en chef au problème du port du niqab par un témoin durant sa déposition. De l’avis de la Juge en chef, la nature ou l’importance de la déposition déterminera si le témoin pourra ou non porter le niqab. L’application de tels critères semble très problématique. Premièrement, leur application pourrait engendrer la présentation de nouvelles requêtes et, peut-être, un autre type de « voir-dire » qui rendrait encore plus complexe la procédure du procès, qui n’est pas toujours un modèle de simplicité. Il ne faut pas oublier qu’un procès constitue en soi un enchaînement dynamique d’événements. Il peut souvent s’avérer difficile de savoir à l’avance quel témoignage peut être jugé non litigieux ou important à un stade précis du procès. La réponse peut varier à différentes étapes du procès et selon la connaissance que l’on a de la preuve. Un élément de preuve qui semblait incontestable un jour peut paraître quelque peu risqué une semaine plus tard. Compte tenu de la nature du procès lui-même, le port du niqab pourrait être permis dans tous les cas ou pas du tout durant la déposition du témoin. J’estime qu’il faut adopter une règle claire. Dans le contexte des valeurs sous-jacentes du système de justice canadien, le port du niqab ne devrait pas être permis en raison de son incidence sur les droits de la défense.

IV. Les valeurs du système canadien de justice pénale

1. La juge Abella a fait il y a quelques années une mise en garde au sujet de la nécessité de respecter les différences tout en préservant les valeurs communes à la société canadienne :

 Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s’intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national.

 Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et, par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires.

(*Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54,[2007] 3 R.C.S. 607, par. 1 et 2)

1. Ces valeurs communes sont celles qui ont permis au Canada de se développer et de former une société diversifiée. Elles préservent un espace public où tous sont les bienvenus tels qu’ils sont, mais où certaines valeurs communes fondamentales favorisent l’interaction entre tous les membres de notre société. Dans les motifs éclairants exprimés dans *R. c.* *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, portant sur l’interprétation et l’application de l’article premier de la *Charte*,le juge en chef Dickson a fait allusion à la présence et à l’importance de ces valeurs communes. Dans son propos sur le sens des mots « société libre et démocratique » à l’article premier de la *Charte*,il a souligné que ces valeurs étaient à l’origine des droits constitutionnels garantis par la *Charte :*

 Les valeurs et les principes sous-jacents d’une société libre et démocratique sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu’une restriction d’un droit ou d’une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [p. 136]

1. Le juge en chef Dickson a reconnu dans *Oakes* que la *Charte* procède d’une histoire et une tradition anciennes. L’« arbre vivant » continue de croître, mais toujours à partir de ses mêmes racines. Nous pouvons dire à juste titre aujourd’hui qu’à l’art. 27 de la *Charte*, le Canada accepte l’importance que revêt le multiculturalisme dans son quotidien. Le Canada y affirme accepter de changer tous les jours, mais du même coup, la reconnaissance du multiculturalisme se fait dans le cadre de la Constitution elle-même, et elle reste ancrée dans les traditions politiques et juridiques canadiennes. La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l’acceptation du principe qu’elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine.
2. La volonté de maintenir un système de justice indépendant et transparent, qui prend en compte les intérêts et la dignité de tous reste un élément clé des traditions sur lesquelles repose notre société démocratique. La neutralité religieuse de l’État et de ses institutions, y compris des tribunaux et du système de justice, assure la vie et la croissance d’un espace public ouvert à tous, peu importe les croyances, le scepticisme ou l’incrédulité de chacun. Les religions sont des voix parmi d’autres qui s’expriment dans l’espace public, qu’occupent également les tribunaux.
3. Un appareil judiciaire transparent et indépendant est devenu une composante essentielle d’un État démocratique fondé sur le droit (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 8). Cet appareil fait partie du réseau complexe d’institutions, de règles et de valeurs que chapeaute la notion de primauté du droit, c’est-à-dire d’un État et d’une société vivant dans le respect et les limites du droit. Son rôle est primordial pour le maintien de la primauté du droit, une valeur fondamentale au Canada, comme l’a affirmé notre Cour notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*,[1998] 2 R.C.S. 217, et dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*,[1997] 3 R.C.S. 3.
4. La transparence des tribunaux et le caractère public des procès souffrent d’exceptions de toutes sortes, mais celles-ci restent des exceptions. Les tribunaux sont soumis au principe général voulant qu’ils soient ouverts au public et que ce dernier a le droit de savoir ce qui se passe devant eux ou d’en prendre connaissance. Comme l’a écrit le juge La Forest :

 L’importance de garantir que la justice soit rendue en audience publique n’a pas seulement survécu, elle est devenue [traduction] « l’une des caractéristiques d’une société démocratique » [. . .] Le principe de la publicité des procédures judiciaires, considéré comme le « souffle même de la justice » et la « garantie des garanties », fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit. Dans l’arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*,[1982] 1 R.C.S. 175, il a été jugé que la publicité est la règle et le secret l’exception, situation qui favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l’administration de la justice.

 (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*,[1996] 3 R.C.S. 480, par. 22)

1. Dans cette perspective constitutionnelle plus large, le procès devient un acte de communication avec le grand public. Ce dernier doit être en mesure de voir comment fonctionne le système de justice. Le principe de la publicité démontre que les tribunaux et le procès appartiennent à tous, peu importe la religion, le sexe ou les origines de chacun.
2. Dans la salle d’audience elle-même, comme je l’ai déjà mentionné, le procès constitue un exercice de communication. Pour faciliter cette communication, le système de justice s’est doté de règles et de méthodes pour aider les personnes affligées d’un handicap à les surmonter afin qu’elles puissent avoir accès à la justice et participer au procès. Les personnes qui ne peuvent voir ou entendre ou dont la mobilité est réduite y prennent part. Si la communication devient parfois plus difficile, les efforts déployés et les règles établies pour surmonter ces obstacles tendent à améliorer la qualité du processus de communication. À l’inverse, le port du niqab ne favorise pas les actes de communication. Il les restreint. Il coupe le témoin de certains aspects des actes de communication en raison de l’affirmation d’une croyance religieuse, dans des circonstances où il est difficile d’apprécier ou même de mettre en question la sincérité et la solidité de cette croyance. Le niqab soustrait le témoin à une interaction complète avec les parties, leurs avocats, le juge et, s’il y a lieu, les jurés.
3. Une interdiction claire de porter le niqab respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l’intégrité de celui-ci en tant qu’acte de communication. Cette interdiction s’accorderait également avec la tradition selon laquelle la justice est rendue publiquement et accessible à tous les membres de notre société démocratique. L’interdiction devrait s’appliquer à tous les stades d’une instance criminelle, à l’enquête préliminaire comme au procès lui-même. En fait, les questions de preuve se posent et évoluent aux différentes étapes de la procédure pénale, et elles influent sur le déroulement du processus de communication au cours du procès.
4. Vu la manière dont le procès et les appels ont été instruits, je souscris au dispositif proposé par la Juge en chef. Je suis d’avis de renvoyer l’affaire au juge présidant l’enquête préliminaire, l’étape où cette affaire criminelle reste enlisée depuis des années en raison des problèmes que notre Cour essaie maintenant de résoudre.

 Version française des motifs rendus par

 La juge Abella (dissidente) —

Introduction

1. La controverse plane sur le contexte de la présente affaire : le port du niqab est-il obligatoire pour les musulmanes; est-ce qu’il marginalise les femmes qui le portent; est-ce qu’il enrichit le multiculturalisme ou s’il le rabaisse? Il s’agit de questions complexes au sujet desquelles les gens raisonnables peuvent exprimer — et expriment — vigoureusement leur désaccord. Cependant, on ne nous demande pas d’essayer de résoudre ces questions ou les questions conceptuelles qui s’y rapportent, mais de tenter de les transcender afin de répondre à une seule question : il s’agit de savoir si, dans le cas où l’identité n’est pas en cause, la croyance religieuse sincère d’un témoin qu’elle doit porter le niqab dans la salle d’audience doit être écartée pour que l’accusé puisse voir son visage. Autrement dit, il faut se demander si l’atteinte aux droits de l’accusé à un procès équitable, parce qu’il ne peut pas voir entièrement le visage d’un témoin, est plus grave que l’atteinte aux droits religieux de ce témoin.
2. La plaignante, N.S., allègue avoir été agressée sexuellement par l’accusé à plusieurs reprises durant son enfance. Elle affirme que ses croyances religieuses l’obligent à porter le niqab — un voile qui recouvre son visage, mais non ses yeux — lorsqu’elle témoigne en présence d’un homme qui n’est pas membre de sa famille immédiate. L’accusé soutient que son droit à un procès équitable exige que lui-même, son avocat et le juge soient en mesure de voir le visage de N.S. lors de son témoignage et de son contre-interrogatoire. La question en litige porte donc sur la mise en balance des atteintes à des droits opposés.
3. 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.
4. Je suis toutefois d’avis de faire exception dans les cas où l’accusé est à même de démontrer que le visage du témoin est directement pertinent à l’instance, notamment lorsque l’identité de ce dernier est en cause. Dans de tels cas, le fait de voir le visage du témoin est crucial à l’égard des questions débattues au procès et ne constitue pas simplement un facteur de l’appréciation du comportement du témoin.

Analyse

1. Je partage l’avis des juges majoritaires que la première étape de l’analyse consiste à déterminer si la revendication par N.S. du droit de porter le niqab durant son témoignage repose sur la liberté de religion garantie à l’al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne fait aucun doute qu’une ordonnance enjoignant à N.S. d’enlever son niqab dans la salle d’audience porterait gravement atteinte à sa liberté de religion : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32.
2. S’il est démontré que deux ensembles de droits opposés garantis par la *Charte* entrent en jeu, il faut alors tenter de les concilier par d’autres mesures raisonnables ou un compromis. Toutefois, lorsque les droits en cause sont inconciliables, il y a « véritablement conflit », et le tribunal devra soupeser les intérêts en cause : *Renvoi relatif au mariage entre* *personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50. En présence d’un témoin portant le niqab, je ne vois en réalité qu’une très faible possibilité d’atteindre un compromis.
3. Il s’agit donc essentiellement en l’espèce de savoir si l’on peut affirmer que les conséquences d’un accès limité à « l’ensemble des éléments du comportement » habituellement évalués sont tellement préjudiciables à l’équité du procès que le droit religieux doit céder le pas. J’estime que, sous réserve d’exceptions très limitées, le préjudice que l’on cause à une plaignante en l’obligeant à enlever son niqab durant son témoignage l’emporte généralement sur toute atteinte à l’équité du procès.
4. Notre Cour a retenu un critère peu exigeant pour établir la sincérité d’une croyance. L’examen de la sincérité doit être « aussi restreint que possible » et viser « uniquement [à] s’assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu’elle n’est ni fictive ni arbitraire et qu’elle ne constitue pas un artifice » : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 52. Par conséquent, la sincérité d’une croyance n’est que le premier élément à examiner dans l’analyse de la liberté de religion d’un demandeur : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 2 et 26-27.
5. À mon sens, il est injustifié d’examiner à fond la sincérité de la croyance du demandeur, surtout dans le contexte de la présente affaire. Tout d’abord, on ne connaît pas vraiment le type de preuve dont aurait effectivement besoin le tribunal pour que le demandeur établisse la sincérité d’une pratique religieuse : Sara Weinrib, « An Exemption for Sincere Believers : The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2011), 56 *R.D. McGill* 719, p. 728. L’analyse rigoureuse des pratiques religieuses antérieures d’un demandeur en vue de déterminer la sincérité de ses croyances courantes est très peu concluante, tout comme les croyances de ses coreligionnaires étant donné le spectre des croyances et des pratiques, même au sein d’une même religion : *Amselem*, par. 53. Qui plus est, il me semble manifestement irréaliste de supposer qu’un témoin porterait le niqab de mauvaise foi dans le but d’en tirer un quelconque avantage lors de sa déposition. Par conséquent, je suis également d’avis que le juge présidant l’enquête préliminaire a mis à tort l’accent sur la décision de N.S. d’enlever son niqab au moment où elle s’est fait photographier pour son permis de conduire et à l’occasion de vérifications de sécurité éventuelles. Il ressort du dossier que pendant cinq ans, N.S. a porté le niqab en observance sincère de sa religion. À mon avis, elle a répondu au critère de sincérité.
6. En toute déférence toutefois, je ne partage pas l’avis des juges majoritaires que, même si elle n’est pas pertinente pour apprécier le droit religieux *prima facie* revendiqué par le témoin, la « force » de sa croyance *a* néanmoins une quelque pertinence lorsqu’il s’agit de pondérer ce droit en regard de l’équité du procès. Je vois mal en quoi la « force » de la croyance d’un demandeur modifie la protection que la *Charte* devrait lui conférer, compte tenu surtout de la nature très subjective et imprécise de l’analyse portant sur la liberté de religion. À mon humble avis, une telle approche risque de nous ramener à l’examen inapproprié des pratiques antérieures d’un demandeur ou de la mesure dans laquelle il se conforme à des traditions religieuses orthodoxes.
7. La prochaine étape de l’analyse consiste à déterminer si le fait d’autoriser le témoin à porter le niqab durant sa déposition risque sérieusement de compromettre l’équité du procès. Selon l’accusé, le fait d’autoriser N.S. à témoigner avec le visage voilé par un niqab viole son droit à un procès équitable à la fois en faisant obstacle à un contre-interrogatoire efficace et en faisant obstacle à la faculté du juge des faits d’apprécier la crédibilité de N.S. Cela nous amène au cœur du litige.
8. 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.
9. Tout d’abord, il me paraît évident qu’on attend des témoins comparaissant devant les cours criminelles de common law qu’ils exposent leur visage au regard des avocats et du juge des fait 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*.
10. Plusieurs intérêts entrent en jeu lorsqu’il est interdit à une femme de porter le niqab au cours de sa déposition. Premièrement, elle ne peut pas se conformer à ses croyances religieuses. Comme l’a souligné Martha C. Nussbaum, les préceptes religieux sont considérés [traduction] « obligatoires et non facultatifs », c’est-à-dire qu’ils n’offrent pas un véritable choix à l’adepte religieux :

 [traduction] . . . bien des lois [. . .] placent les minorités religieuses devant un dilemme analogue à celui d’Antigone : soit elles sont obligées d’enfreindre une règle sacrée, soit elles doivent enfreindre la loi ou renoncer à un privilège accordé par l’État.

(*Liberty of Conscience : In Defense of America’s Tradition of Religious Equality* (2008), p. 117 et 167)

1. Cette situation a pour effet d’obliger un témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice : Natasha Bakht, « Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms », dans Ralph Grillo et autres, dir., *Legal Practice and Cultural Diversity* (2009), 115, p. 128. En conséquence, comme le font remarquer les juges majoritaires, les plaignantes qui croient sincèrement que leur religion les oblige à porter le niqab en public peuvent choisir de ne pas porter d’accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit ou, de façon plus générale, de ne pas accepter de témoigner au procès d’une autre personne. Il convient de signaler aussi que si le témoin est l’accusée, elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense. Pour les personnes touchées, cela revient à poser au-dessus de la porte de la salle d’audience une affiche disant : « Les minorités religieuses ne sont pas les bienvenues. »
2. Il faut également situer l’ordonnance enjoignant à un témoin d’enlever son niqab dans le contexte d’une plainte d’agression sexuelle. Comme l’a mentionné notre Cour dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, « l’équité du processus judiciaire doit être considérée “du point de vue de la collectivité et du plaignant”, et non pas uniquement du point de vue de l’accusé » (par. 72); voir aussi *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la juge McLachlin, par. 193. La création d’un environnement judiciaire où l’on gêne davantage les victimes en leur demandant de choisir entre leurs droits religieux et le droit d’obtenir justice ternit l’image d’équité que se fait le public non seulement du procès, mais du système de justice lui-même.
3. La conclusion de la majorité que l’impossibilité de voir le visage du témoin est acceptable du point de vue de l’équité du procès si le témoignage « n’est pas contesté » force essentiellement la plaignante dans un cas d’agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, à choisir entre le dépôt d’une plainte et le port du niqab, ce qui, comme je l’ai déjà dit, ne constitue peut-être pas du tout un véritable choix.
4. 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.
5. Le « comportement » a été décrit de façon générale comme [traduction] « toute forme d’expression visible ou audible d’un témoin, qu’elle soit constante ou variable, volontaire ou non, simple ou complexe » : Barry R. Morrison, Laura L. Porter et Ian H. Fraser, « The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses » (2007), 33 *Advocates’ Q.* 170, p. 179. Le juge du procès s’appuie fréquemment sur de nombreux indices *autres que* les signaux faciaux pour juger crédible un témoin, y compris

 [traduction] l’assurance des propos, la dignité affichée à la barre, une manifestation d’un handicap, de colère ou de frustration, des propos articulés, un exposé réfléchi, un langage enthousiaste, des réponses directes et précises, des réponses données avec respect, une manifestation de modestie, de souplesse, des gestes normaux (auxquels on s’attend), la bonne humeur, l’amabilité, une expiration et une inspiration normales. . .

(Morrison, p. 189)

1. 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. 356-357).
2. Dans l’arrêt *R. c. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138, la Cour d’appel de l’Alberta a de même exhorté à la prudence quand il s’agit de s’appuyer sur le comportement :

 [traduction] Je me demande si la retenue dont on fait preuve envers les conclusions de fait que nous tirons du comportement des témoins est toujours de mise. Je doute de ma propre aptitude, et parfois de celle d’autres juges, à savoir d’après le comportement d’un témoin ou le ton de sa voix s’il dit la vérité. Il parle avec hésitation. Est-ce la marque d’un homme prudent dont les propos commandent pour cette raison la retenue, ou prend-il son temps pour inventer des choses? Le témoin catégorique joue-t-il la comédie pour me duper, ou parle-t-il du fond de son cœur, sachant qu’il a raison? Est-il probablement plus sincère s’il me regarde droit dans les yeux que s’il a le regard fixé sur le sol, peut-être par gêne ou timidité naturelle? Quant à moi, je m’appuie aussi peu que possible sur ces considérations.

 . . . Je juge qu’un témoin n’est pas fiable si son témoignage est incompatible avec les faits non contestés ou incontestables à des égards importants, ou si, bien entendu, il se contredit sur des points importants. Je me fonde aussi peu que possible sur des éléments aussi trompeurs que son comportement. [par. 18]

(Citant un document présenté par le juge MacKenna en 1973 et repris et approuvé dans P. Devlin, *The Judge* (1979), p. 63.)

Voir également *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71, p. 81.

1. Les limites inhérentes au fait de s’appuyer sur le comportement sont aussi reconnues dans les modèles de directives au jury du Conseil canadien de la magistrature :

 Comment se comportait le témoin lorsqu’il témoignait? Ne tirez pas toutefois des conclusions hâtives fondées uniquement sur le comportement du témoin. Les apparences sont parfois trompeuses. Témoigner n’est pas une expérience courante pour bon nombre de témoins. Les gens réagissent et se présentent différemment. Les témoins viennent de différents milieux. Ils ont des intelligences, des capacités, des valeurs et des expériences de vie différentes. Il y a tout simplement trop de variables pour que le comportement d’un témoin constitue le seul facteur ou le plus important facteur dans votre décision.

(Modèles de directives au jury, partie I, Directives préliminaires, 4.11 Évaluation de la preuve par témoin (en ligne))

1. Et les tribunaux acceptent régulièrement les dépositions des témoins dont ils ne peuvent observer le comportement que partiellement. Par exemple, l’art. 14 de la *Charte* prévoit que le témoin qui ne peut pas suivre les procédures, soit parce qu’il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée, soit parce qu’il est atteint de surdité, a droit à l’assistance d’un interprète. En pareil cas, [traduction] « le juge du procès [doit] tirer des conclusions sur la crédibilité à travers le filtre des interprètes » : *R. c. A.F.* (2005), 376 A.R. 124 (C.A.), par. 3; voir aussi *R. c. R.S.M.*, 1999 BCCA 218 (CanLII), par. 12-14. Le recours à un interprète peut fort bien avoir une incidence sur l’appréciation du comportement du témoin, mais il ne fait aucun doute que les interprètes ne rendent ni impossible, ni impraticable cette appréciation. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Alberta dans *R. c. Davis* (1995), 165 A.R. 243 :

 [traduction] D’habitude, l’interprète est calme et fait preuve de professionnalisme, et il s’adresse donc en anglais au juge avec calme et sans hostilité. Une brève pause donne au témoin, qui comprend [peut-être] l’anglais, plus de temps pour répondre. L’interprète s’exprime sans doute en des termes appropriés lorsque cela est possible, et peut fort bien éclaircir l’explication du témoin. Je ne laisse aucunement entendre qu’il le fait avec malhonnêteté; il le fait plutôt parce qu’il n’y a souvent aucune meilleure traduction.

 *Cela ne veut pas dire que les témoins qui déposent par l’intermédiaire d’un interprète ne peuvent jamais manifester leur comportement.* Ils peuvent le faire et ils le font, et l’évaluation de leur comportement peut aider le juge des faits à établir la vérité. [Italiques ajoutés; par. 18-19.]

1. 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 influer 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.
2. Il y a d’autres situations où les tribunaux acceptent la déposition d’un témoin sans être aucunement en mesure d’évaluer son comportement. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46,autorise le juge à ordonner et à admettre en preuve la transcription du témoignage d’un témoin qui se trouve dans l’impossibilité d’assister au procès en raison d’une incapacité, même si l’avocat de l’accusé n’est pas présent lorsque la déposition est recueillie : art. 709 et 713. De plus, les tribunaux permettent aux témoins, y compris aux témoins importants, de déposer et d’être contre-interrogés par téléphone : *Code criminel*, art. 714.3; voir aussi *R. c. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. c. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 (C. prov. T.-N.-L.).
3. Les exceptions à la règle du ouï-dire sont d’autres exemples de situations où le juge des faits est tout à fait incapable d’évaluer le comportement de l’auteur de la déclaration admise en preuve. Dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la juge McLachlin a établi une exception de principe à la règle du ouï-dire dans les cas où la déclaration répond aux exigences de la nécessité et de la fiabilité (p. 542), de sorte que, dans une affaire d’agression sexuelle, la Cour a admis les propos adressés par une enfant de trois ans à sa mère parce qu’il n’était pas réaliste d’obliger cette enfant à témoigner et à subir un contre-interrogatoire. La Cour a souligné que, « dans la plupart des cas, les préoccupations de l’accusé quant à la crédibilité [peuvent] être traitées au moyen d’arguments quant au poids à accorder au témoignage » (p. 547).
4. 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.
5. 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. Comme l’a fait remarquer le juge en chef adjoint Morden dans *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), l’idéal est susceptible de plusieurs exceptions et restrictions dans l’intérêt de la justice.

 [traduction] Bien que reconnaissant [que la confrontation directe est], 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.

 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]

1. Et puisque, de façon réaliste, l’impossibilité d’observer tout le visage d’un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue, de toute façon, un simple élément d’un outil imprécis d’appréciation de la crédibilité, force est de se demander pourquoi nous exigeons que tout le comportement puisse être observé dans les cas où une croyance religieuse s’y oppose.
2. J’estime donc que les effets préjudiciables de l’imposition, à la personne appelée à témoigner, de l’obligation d’enlever son niqab, avec la conséquence qu’elle ne témoignera probablement pas, qu’elle ne portera pas d’accusation en premier lieu ou, si elle est accusée, qu’elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense, sont beaucoup plus importants que ceux de l’impossibilité de voir tout le visage d’un témoin.
3. Puisque la sincérité de N.S. me semble avoir été établie, je ne vois aucune raison de l’obliger à enlever son niqab. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire pour poursuite de l’enquête préliminaire en ordonnant qu’il soit permis à N.S. de porter le niqab au cours de l’enquête préliminaire et de tout procès qui pourrait être intenté par la suite.

 *Pourvoi rejeté, la juge* Abella *est dissidente.*

 Procureur de l’appelante : David B. Butt, Toronto.

 Procureur de l’intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

 Procureur de l’intimé M---d S. : Michael Dineen, Toronto.

 Procureur de l’intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Norton Rose OR, Toronto; Simcoe Chambers, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

 Procureurs de l’intervenant Muslim Canadian Congress : Borden Ladner Gervais, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario : Bennett Jones, Toronto.

 Procureurs de l’intervenant le Barreau du Québec : BCF, Montréal; Barreau du Québec, Montréal.

 Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

 Procureurs de l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes : Green & Chercover, Toronto; Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

 Procureurs de l’intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations : Peggy Smith Law Office, Kingston.