
Chroniques sectorielles

Droit et religion

R. c. N.S. [2012] 3 R.C.S. 726.
Ce que le voile dévoile...

Carole SÉNÉCHAL

Professeure à la Faculté d'éducation
de l'Université d'Ottawa

Le port du niqab devant les tribunaux, pour ou contre? L'arrêt de la Cour suprême du Canada, rendu le 20 décembre 2012, ravive le débat du voile au Québec et replonge la polémique au cœur de l'actualité. Les notions d'accommodement raisonnable, de laïcité des institutions, de multiculturalisme et de valeurs démocratiques, nous interpellent d'emblée. Or, plus qu'un simple contentieux d'ordre civil, au-delà de la controversée question de la neutralité de l'espace public ou de l'administration gouvernementale, la liberté de religion se heurte, cette fois, de front au droit de l'accusé à une défense pleine et entière, corollaire premier de la présomption d'innocence, fil d'or séculaire dont est tissé le droit criminel d'inspiration anglaise.

À cette occasion, le jugement majoritaire de la Cour suprême semblerait étayer une interprétation inclusive de la liberté de religion, sous-catégorie que l'on pourrait subsumer sous l'énoncé plus englobant de la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Approche qui cadrerait davantage avec

l'obligation de neutralité de l'État et de la laïcité des institutions. Pour ce faire, interrogeons-nous d'abord sur le poids de l'Histoire (I), pour rappeler ensuite les trois prises de position de la Cour suprême (II), et aborder enfin le cœur de la problématique (III).

I. Le poids de l'Histoire : des religions d'État à la liberté de religion

L'histoire des religions est intimement liée à l'avènement des premières civilisations. Des millénaires durant, religion et politique marchent main dans la main en tant que fondements du sens et du social, dictant la vie concrète des peuples en même temps qu'elles la structurent. D'un côté, les religions d'État assurent un contrôle *ex ante*, au niveau de la moralité, conscience des fidèles, de par les prescriptions et interdits sociaux, dictés d'en haut. De l'autre, les institutions politiques (et juridiques) prennent la relève *ex post*, condamnant *a posteriori* toute contravention

aux normes préétablies, les mauvais actes commis *de facto* par les sujets. Cette complicité entre le religieux et le politique consacre ainsi, dans les sociétés traditionnelles, la suprématie et la légitimité des élites politiques, conseils des sages et souverains de droit divin. De cet ordonnancement par le haut, l'ordre public prime, subsumant les intérêts individuels sous l'autorité d'une morale collective, gage du bien commun.

La venue des Temps modernes bascule cet état des choses¹. En Occident, le rationalisme du XVIII^e siècle dénonce cette soumission inconditionnelle à l'Autorité de quelques-uns, en prônant la faculté de raisonner et la réflexion critique comme l'apanage de tout un chacun (et non plus réservées aux seuls privilégiés). Cette montée de l'individualisme, marquant l'affranchissement des individus de l'emprise du collectif, ébranle à jamais les fondations féodales des anciens régimes, tous ancrés dans cette double tutelle de la foi et de la monarchie (divine), le péché originel d'un côté, l'hérédité des charges (et du statut social), de l'autre. S'ensuivent l'affirmation et la reconnaissance des droits, libertés puis responsabilités individuels, délimitant une marge de manœuvre individuelle inaccessible aux contraintes extérieures,

qu'il s'agisse de la force coercitive de l'État ou tout simplement de la part d'autres individus. De ce passage de l'absolutisme d'un seul à la souveraineté du peuple, la notion même d'intérêt collectif, de bien commun, se trouve désacralisée, n'étant plus qu'une expression de volonté générale, l'ensemble de concessions réciproques librement consenties par tous. De cette sécularisation des institutions politiques dépouillées de quelque divine onction, la religion devient affaire de conscience, relevant désormais de la sphère privée, du cercle familial et des associations locales². Une croyance, cela se conçoit, mais ne s'impose pas.

Le Canada, fort de son héritage judéo-chrétien, n'a pas été étranger à cette évolution, comme nous le rappelle le juge Lebel dans l'arrêt *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*:

« [66] [...] L'histoire du Canada constitue un exemple de cette expérience historique qui a permis de distendre, sinon de dissoudre les liens entre l'État et les Églises. Le Canada, comme on le sait, a connu des périodes d'union étroite des pouvoirs ecclésiastiques et civils. Les colons européens introduisirent au Canada la théorie politique voulant que l'ordre social repose sur une alliance intime entre l'État et une Église particulière, que le premier devait encourager sur son territoire. Ainsi, au cours de l'histoire de la Nouvelle-France, l'Église

¹ Voir, entre autres: Yolande COHEN et Solange LEFEBVRE (dir.), « Religion et politique dans les sociétés contemporaines/ Religion and Politics in Contemporary Societies », (2006) 38 *Sociologie et sociétés* 2; Vassilis SAROGLIOU, Louis-Léon CHRISTIANS, Coralie BUXANT et Stefania CASALFIORE, *Mouvements religieux contestés, Psychologie, droit et politiques de précaution*, Gent, Academia Press, 2005; Marcel GAUCHET, *La religion dans la démocratie: parcours de la laïcité*, Paris, Éditions Gallimard, 1998.

² Voir: GOUVERNEMENT DU CANADA, HORIZONS DE POLITIQUES CANADA, *Le rôle et la place du discours religieux dans une société démocratique*, par Mark CLADIS, Ottawa, 2014, en ligne: <<http://www.horizons.gc.ca/fra/contenu/le-r%C3%B4le-et-la-place-du-discours-religieux-dans-une-soci%C3%A9t%C3%A9-d%C3%A9mocratique>> (consulté le 9 janvier 2015).

catholique a joui du statut de seule religion d'État. Après la Conquête et le Traité de Paris, l'Église anglicane est devenue juridiquement l'Église d'État, bien que les réalités sociales aient amené les gouvernements à reconnaître officiellement le statut et le rôle de l'Église catholique et des diverses confessions protestantes. Cette reconnaissance tantôt officielle, tantôt tacite, qui correspondait à la composition et aux orientations de la société de l'époque, inspira souvent les solutions législatives et certains choix politiques. Ainsi, au moment de la Confédération, en 1867, le concept de neutralité religieuse impliquait principalement le respect des confessions chrétiennes. Les règles constitutionnelles que l'on retrouvait notamment, à l'origine, dans l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au sujet des droits scolaires illustrent cette réalité.

[67] Depuis ce temps, l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État, comme d'ailleurs l'impact de l'évolution démographique du Canada ainsi que son urbanisation et de son industrialisation. Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2^e éd. 2003), p. 27 et 56). Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public

où se déroulent les débats sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile.»³

Une tendance à la laïcisation qui se trouve encore accélérée par l'avènement en 1982 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, et ce, quoiqu'il n'existe aucune politique officielle commandant la séparation entre l'Église et l'État canadien⁵.

Au fait, la portée de la liberté de religion garantie à l'article 2a) de la *Charte canadienne* a été délimitée pour la première fois par la Cour suprême en 1985, dans une affaire criminelle mettant en cause la validité constitutionnelle d'une loi fédérale rendant obligatoire l'observance du sabbat chrétien⁶. À cette occasion, le plus haut tribunal affirme que la liberté de religion se définit essentiellement

³ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 66 et 67 (J. LeBel, diss.). Quoique s'insérant dans une position dissidente dans cette affaire, ces propos du juge LeBel n'ont pas été remis en question par la majorité et constituent à cet égard une référence valable.

⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 2 : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) Liberté de conscience et de religion ; »

⁵ PARLEMENT DU CANADA, *Liberté de religion et signes religieux dans l'espace public*, Publication de recherche de la bibliothèque du Parlement, par Laura BARNETT, Ottawa, 2011, éd. rév., en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/lop/research/publications/2011-60-f.htm>> (consulté le 9 janvier 2015).

⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 [ci-après « *Big M Drug Mart* »].

«comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou leur enseignement et leur propagation»⁷. Or, par contraste avec la «liberté de religion» interprétée jusqu'alors de façon restrictive par la jurisprudence antérieure⁸ appliquant la *Déclaration canadienne des droits*⁹, ce concept signifie beaucoup plus que cela. La liberté implique en outre que, «sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience»¹⁰. Après tout, l'objectif de la Charte cana-

dienne est de protéger les minorités religieuses contre la «tyrannie de la majorité»¹¹. Ainsi, l'idée qui imprègne aujourd'hui la constitutionnalisation de cette garantie est bien la prééminence de la conscience individuelle, emportant l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation.

Mais *quid* de l'utilisation des espaces publics aux diverses manifestations du fait religieux? C'est là que le bât blesse, et où pleuvent les controverses, ici comme ailleurs: «[...] si croire est une action passive, en général discrète, parce que normalement intériorisée, exprimer sa croyance est, quant à elle, une attitude active, extériorisée et qui, de ce fait, peut gêner ceux qui ne croient pas ou croient différemment que le croyant qui exprime sa foi»¹². La question se pose en effet de savoir jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse:

«À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outre-passe-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas?»¹³

⁷ *Id.*, par. 94. Voir aussi: PARLEMENT DU CANADA, préc., note 5; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Document de réflexion: la Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, par Paul EID et Pierre BOSSET, Québec, 2008, p. 9; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les symboles et rituels religieux dans les institutions publiques*, par Pierre BOSSET, Québec, 1999, p. 17 et 18.

⁸ *Robertson and Rosetanni v. R.*, [1963] S.C.R. 651, 655: «It is apparent from these judgments that 'complete liberty of religious thought' and 'the untrammelled affirmation of "religious belief" and its propagation, personal or institutional' were recognized by this Court as existing in Canada before the *Canadian Bill of Rights* and notwithstanding the provisions of the *Lord's Day Act*.»

⁹ L.C. 1960, c. 44, art. 1(c).

¹⁰ *Big M Drug Mart*, préc., note 6, au para. 95.

¹¹ *Id.* au para. 96.

¹² Stéphane GUÉRARD, «La liberté religieuse dans les lieux publics», (2005) 4 *Cahiers de recherche sur les droits fondamentaux* 49, 50, en ligne: <<http://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0404guerard.pdf>> (consulté le 21 janvier 2015)

¹³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, par. 21.

Confrontée à cette problématique délicate, la Cour suprême concède dès 1985 qu'il n'est « ni sage ni possible de tenter d'y répondre de manière générale »¹⁴. Depuis lors, la jurisprudence a eu l'occasion d'aborder la question de la neutralité de l'État dans des contextes précis : observance du sabbat chrétien¹⁵, droit des parents de choisir le traitement médical pour leur enfant en bas âge¹⁶, aménagement des horaires de travail¹⁷, santé et sécurité au travail¹⁸, réglementation de zonage¹⁹, conflits de voisinage²⁰, choix de manuels pour la maternelle et la première année²¹, sécurité dans les cours d'école²², programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire²³, etc. Cela

étant, la variabilité des circonstances ainsi que des droits et libertés impliqués font obstacle à toute généralisation des problématiques particulières de cas d'espèce.

Dans l'arène politique, les débats et initiatives ne manquent pas. Citons, à titre d'exemple, la mise sur pied de la Commission Bouchard-Taylor sur les pratiques d'accommodements reliés aux différences culturelles (2007)²⁴; le dépôt du projet de loi n° 94 interdisant aux femmes occupant un emploi dans la fonction publique québécoise de se couvrir le visage lors de la prestation des services gouvernementaux²⁵; les directives du ministre de l'Immigration enjoignant aux femmes musulmanes de découvrir leur visage lors de la prestation du serment de citoyenneté canadienne²⁶. Donc, si « [u]ne société vraiment libre peut accepter une grande

¹⁴ *Id.*, par. 22.

¹⁵ *Big M Drug Mart*, préc., note 6; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

¹⁶ *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

¹⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 13; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Central Okanagan School District n° 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

¹⁸ *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

¹⁹ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, préc., note 1.

²⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

²¹ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

²² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

²³ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

²⁴ COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, Éditeur officiel, 2008, en ligne : <<http://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-abrege-fr.pdf>> (consulté le 9 janvier 2015).

²⁵ *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*, projet de loi n° 94 (présentation – 24 février 2006), 2^e sess., 39^e lég. (Qc).

²⁶ Voir : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Bulletin opérationnel 359 – le 12 décembre 2011. Exigences à respecter pour que les candidats soient vus lors de la prestation du serment de citoyenneté et procédures à suivre pour les personnes portant un vêtement couvrant complètement ou partiellement leur visage*, Ottawa, 2011, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2011/bo359.asp>> (consulté le 9 janvier 2015).

diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite »²⁷, tracer la ligne de démarcation entre l'assimilation et l'intégration respectueuse des différences, l'égalité et l'équité, un accommodement raisonnable et une revendication déraisonnable, la reconnaissance du pluralisme et un manque de fermeté, la neutralité d'abstention, d'indifférence et une de respect, n'est pas chose aisée.

C'est pourtant au milieu de toutes ces incertitudes, que le vent de controverses souffle jusqu'à ébranler les garanties constitutionnelles en matière de procédure criminelle et pénale, jusqu'alors épargnées.

Que répondra 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? Voilà la question centrale sur laquelle la Cour suprême devait se prononcer dans l'affaire *R. c. N.S.*²⁸. Pour la juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish et Cromwell, 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. De leur côté, les juges LeBel et Rothstein optent pour une interdiction claire de porter le niqab à toutes les étapes du procès criminel afin d'assurer la publicité des débats judiciaires et de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, dont les restrictions sont plus lourdes de conséquences. À l'opposé, l'opinion dissidente de la juge Abella, privilégiant le droit de porter le niqab en toutes circonstances, est fondée sur les effets préjudiciables

qu'emporte une obligation de se dévoiler au regard de la participation au système de justice par des femmes croyantes victimes d'infractions à leur endroit. Sans contredit, ce jugement divisé représente l'éventail de tous les points de vue que peuvent entretenir la société canadienne confrontée à une telle problématique.

Analysons-les de plus près.

II. L'affaire du niqab

N.S. prétend avoir été agressée sexuellement à plusieurs reprises par son oncle et son cousin, les inculpés M---d S. et M---l S. En 1992, N.S. s'était confiée à une enseignante, qui a parlé aux parents de la jeune femme. Son père s'étant fait insistant, la police n'a pas porté d'accusation à l'époque. Les intimés ont été finalement inculpés en 2007 à la suite de deux (2) dénonciations faites sous serment. Les infractions auraient eu lieu entre 1982 et 1987; N.S. avait à l'époque entre six (6) et dix (10) ans.

N.S. est musulmane. Au moment des procédures, elle porte, depuis cinq (5) ans, le niqab et le hijab en public et en présence d'hommes qui ne sont pas des membres immédiats de sa famille. Le niqab est un voile qui couvre l'entièreté du visage, sauf les yeux. À l'enquête préliminaire, N.S. souhaite témoigner en gardant son niqab, pour des motifs religieux:

N.S.: Okay. So the – the objection is very strong. It's a respect issue, one of modesty and one of – in Islam, we call honour. The other thing is the ... the accuseds in the case are from the same community, they all go to the same place of worship as my husband as well and I've had this veil on for about five years now and it's – my face doesn't make any special, you know, like, I

²⁷ *Big M Drug Mart*, préc., note 6, par. 94.

²⁸ *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

know that – you know, there's body language, there's eye contact. I mean, I can look directly at the defence counsel, that's not a problem. But I don't – you know, I really feel that, you know, it's a part of me and showing my face to – and it's also about – the religious reason is to not show your face to men that you are able to marry. It's to conceal the beauty of a woman and, you know, we are in a courtroom full of men and one of the accused is not a direct family member. The other accused is a direct family member and I, you know, I would feel a lot more comfortable if I didn't have to, you know, reveal my face. You know, just considering the nature of the case and the nature of the allegations and I think, you know, my face is not going to show any signs of – it's not going to help, it really won't.

THE COURT: All right. So there is a difference of opinion as between you and counsel as to whether it will help. Now, can you just tell me, when are you without your veil?

N.S.: Only with family members. So people that you are not allowed to marry. So, father, brother, father in law, dads, brothers, moms brothers and women, all women, and children.

THE COURT: But not in public.

N.S.: Not in public, no²⁹.

À l'issue du voir-dire, le juge de paix présidant l'enquête préliminaire a ordonné à N.S. d'enlever son niqab. Le fait que celle-ci avait consenti, pour son permis de conduire, à être photographiée à visage découvert par une femme et derrière un écran qui la dérobaît aux regards indiscrets, le permis susdit devant être montré à tous ceux qui le requièrent, a pesé lourd dans la conclusion de la Cour de justice de l'Ontario :

It may be one thing for a female photographer to take the picture but that driver's licence can be required to be produced by all sorts of males all the way from police officers and border guards and numerous people who simply ask for your driver's licence for the purpose of identification when you produce your credit card, or whatever, and so it did not satisfy me as the trier of fact that it was consistent with the strength of [N.S.'s] belief to be content to have her face unveiled on a driver's licence open not only for the female photographer to see but for numerous males and modern society. The other thing is that in investigating just how important a belief this was, it came down to her candid admissions that it was a matter of her being "more comfortable" and to me that really is not strong enough to fetter the accused's right to make full answer and defence.

So, (...) I find that the complainant's religious belief is not that strong, and that it is [not] open to exceptions and that it is, as she says, a matter of comfort and I think she has to testify in this preliminary inquiry without the use of her veil³⁰.

Le juge Marrocco a accueilli le bref de *certiorari* présenté par N.S., puis cassé l'ordonnance du juge de paix. Selon la Cour supérieure de justice, un témoin à charge pourra déposer vêtu d'un niqab pourvu que sa conviction religieuse soit sincère et, dans l'affirmative, que le voile n'empêche pas un véritable contre-interrogatoire³¹. N.S. a interjeté appel de cette décision.

Le juge Doherty, écrivant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, est d'avis que la solution réside dans la tentative de concilier les droits *a priori* opposés, à savoir la croyance religieuse sincère de la plaignante et le droit des accusés à un

²⁹ Interrogatoire de N.S. à l'enquête préliminaire, reproduit dans *R. v. N.S.*, 2010 ONCA 670, par. 5.

³⁰ Cité dans *R. v. N.S.*, précité note 29, par. 7.

³¹ *R. v. N.S.*, 2009 CanLII 21203, par. 87 à 117 (Ont. S.C.).

procès équitable. En l'espèce, les enjeux, humainement parlant, s'exposent comme suit :

N.S. is facing a most difficult and intimidating task. She must describe intimate, humiliating and painful details of her childhood. She must do so, at least twice, in a public forum in which her credibility and reliability will be vigorously challenged and in which the person she says abused her is cloaked in the presumption of innocence. The pressures and pain that complainants in a sexual assault case must feel when testifying will no doubt be compounded in these circumstances where N.S. is testifying against family members. It should not surprise anyone that N.S., when faced with this daunting task, seeks the strength and solace of her religious beliefs and practices.

M---d.S. is facing serious criminal charges. If convicted, he may well go to jail for a considerable period of time. He will also wear the stigma of the child molester for the rest of his life. In all likelihood, the mere fact that charges have been laid has led many within his family and community who are aware of those charges to look at M---d.S. in a very different way. M---d.S. is presumed innocent. His fate will depend on whether N.S. is believed. In a very real sense, the rest of M---d.S.'s life depends on whether his counsel can show that N.S. is not a credible or reliable witness. No one can begrudge M---d.S.'s insistence that his lawyer have available all of the means that could reasonably assist in getting at the truth of the allegations made against him³².

Aucun des droits n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres, d'où l'importance d'une appréciation contextuelle, à savoir dans quelle mesure le port du niqab constitue une entrave plus que minimale ou insignifiante au droit des accusés à un procès équitable,

en prenant en compte, notamment, l'importance de la déposition pour la poursuite, la crédibilité du témoin en cause, la difficulté potentiellement accrue d'une juste appréciation de son comportement, le mode de procès (avec ou sans jury), la nature des procédures (au procès ou à l'enquête préliminaire), les moyens de défense invoqués, d'autres valeurs constitutionnelles de la société canadienne – tels le multiculturalisme, la protection des minorités et l'égalité des sexes – ainsi que l'intérêt de la société à une administration transparente de la justice pénale et à connaître la vérité en matière criminelle. Les directives données, la Cour d'appel de l'Ontario a renvoyé l'affaire au juge de paix. Entre-temps, N.S. se pourvoit à la Cour suprême du Canada.

A. La position majoritaire de la juge en chef McLachlin (avec l'accord des juges Deschamps, Fish et Cromwell) : à la recherche d'un équilibre

La solution mitoyenne que préconise la juge en chef McLachlin consiste à 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. Cette mise en équilibre de deux droits constitutionnels fondamentaux, à savoir la liberté de religion et l'équité du procès, appelle l'application d'un cadre d'analyse à quatre volets, que la Cour majoritaire a définis comme suit :

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

³² R. c. N.S., préc., note 28, par. 45-46.

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?

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

Se référant à l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*³³, la position majoritaire est d'avis que la liberté de religion protégée par l'article 2a) de la Charte canadienne doit se fonder, *prima facie*, sur une croyance religieuse sincère plutôt que sur sa force: «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.»³⁴ À titre de facteurs d'appréciation, les écarts antérieurs à la pratique devraient être examinés dans leur contexte, puisque les convictions religieuses sont susceptibles d'évoluer avec le temps; si l'observance irrégulière d'une pratique religieuse peut laisser croire à l'absence d'une croyance sincère, ce n'est pas toujours le cas.

Dans l'affirmative, il faudra se demander si le fait d'autoriser le témoin à porter

le niqab poserait un risque sérieux à l'équité du procès.

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

Les droits de l'accusé à un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière, «inextricablement liés»³⁵, sont enchâssés aux articles 7 et 11d) de la Charte canadienne, dont voici le libellé:

«7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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 [...]

À cet effet, il existe une présomption de longue date en common law suivant laquelle le fait d'observer l'expression faciale du témoin favorise un contre-interrogatoire efficace et une appréciation juste de sa crédibilité. D'un côté, le droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge sans entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière³⁶. C'est ainsi que, même pour faciliter la participation au procès des témoins vulnérables (dont les enfants),

³³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 20.

³⁴ *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 11 [italiques dans l'original].

³⁵ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 603 tel que cité dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 95.

³⁶ Voir: *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 2.

les dispositifs mis en place pour empêcher les témoins de voir l'accusé³⁷, n'empêchent pas l'accusé de voir les témoins³⁸. Aussi, 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»³⁹. De l'autre côté, la communication non verbale s'avère être un indice précieux pour démasquer la tromperie et découvrir la vérité, comme l'a relevé un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas :

«[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.»⁴⁰

Pour toutes ces considérations, l'importance de voir le visage du témoin est «trop enracinée dans notre système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante»⁴¹.

Toutefois, la question de savoir si la possibilité d'observer le visage d'un témoin pose un risque «sérieux» ou «réel et important» pour l'équité du procès dans chaque cas particulier dépendra de la déposition que doit faire le témoin : si le témoignage n'est pas contesté, l'appréciation de sa crédibilité ainsi que l'efficacité du contre-interrogatoire ne seront pas en cause, d'où la possibilité limitée de permettre, dans ces circonstances, à un témoin de déposer en gardant son niqab. Sinon, la liberté de religion de l'un entre en conflit avec le droit de l'autre à un procès équitable ; à ce stade, une obligation d'accommodement s'impose.

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

Conformément à la grille d'analyse qui avait été établie dans les arrêts *Dagenais*⁴² et *Mentuck*⁴³, la manière de concilier deux droits opposés consiste à trouver des possibilités d'accommodement à la lumière du contexte factuel de chaque cas d'espèce, c'est-à-dire «d'autres mesures raisonnables» qui permettraient de respecter les convictions religieuses du témoin tout en prévenant un risque sérieux pour l'équité du procès⁴⁴. Dans l'affirmative,

³⁷ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 486.2(1) [ci-après « *Code criminel* »].

³⁸ *R. c. J.Z.S.*, [2010] 1 R.C.S. 3.

³⁹ *Code criminel*, préc., note 37, art. 714.3 et 714.4.

⁴⁰ *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, par. 78.

⁴¹ *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 27.

⁴² *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 [ci-après « *Dagenais* »].

⁴³ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442 [ci-après « *Mentuck* »].

⁴⁴ *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 32.

les deux droits seront préservés, et le conflit, écarté.

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

Sinon, une analyse de proportionnalité s'apparentant au dernier volet du test de l'arrêt *Oakes*⁴⁵, intervient en dernier recours : « 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. »⁴⁶

Les effets préjudiciables résultant de l'obligation faite au témoin de retirer son niqab pendant sa déposition sont de deux ordres. D'abord, le témoin subit un préjudice personnel par cette restriction imposée à sa pratique religieuse sincère. Il s'agira d'examiner, notamment, l'importance (subjective) que le témoin accorde à sa pratique religieuse, la mesure dans laquelle l'État intervient dans cette pratique et la situation dans la salle d'audience, plus précisément la possibilité de mettre en place des mesures limitant la visibilité du visage⁴⁷. Ensuite, le juge devrait également prendre en considération l'ensemble des préjudices que causerait à la société, entre autres cet effet dissuasif aux femmes religieuses de signaler les infractions, surtout d'ordre sexuel, et de participer au système de justice, alors que « [l]es auteurs de crimes commis à leur égard

resteront impunis, à l'abri des conséquences juridiques »⁴⁸.

Quant aux effets bénéfiques qu'entraînerait une obligation de retirer le niqab pour témoigner, il y a cette 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. Les facteurs pertinents comprennent la nature de l'instance (lors d'un voir-dire ou au procès), la nécessité d'un contre-interrogatoire efficace et de l'appréciation de la crédibilité du témoignage, de même que la nature de la déposition, suivant que celle-ci est essentielle à la preuve de la poursuite ou, au contraire, ne porte que sur des points secondaires. En tout état de cause, sous réserve d'études scientifiques plus poussées, il est raisonnable d'affirmer 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 »⁴⁹.

En somme, une règle générale et abstraite, s'appliquant en toutes circonstances, ne peut être retenue. Il convient de concilier les droits qui s'opposent au moyen d'un accommodement et, si le conflit ne peut être évité, au moyen d'une pondération au cas par cas. Une telle approche serait plus en diapason avec la jurisprudence du pays et l'esprit conciliateur préconisé par la Charte canadienne. Ceci dit, la juge en chef McLachlin propose de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire au juge présidant l'enquête préliminaire.

⁴⁵ R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 [ci-après « *Oakes* »].

⁴⁶ R. c. *N.S.*, préc., note 28, par. 35.

⁴⁷ *Id.*, par. 36.

⁴⁸ *Id.*, par. 37.

⁴⁹ *Id.*, par. 44.

B. Les motifs concordants du juge LeBel (avec l'accord du juge Rothstein) : la primauté des droits de la défense et du principe de la publicité du procès

Tout en souscrivant à la conclusion de la juge en chef, les juges LeBel et Rothstein sont d'avis qu'une interdiction claire de porter le niqab à toutes les étapes d'un procès criminel préserverait les droits de la défense et respecterait mieux le principe de la publicité du procès en tant qu'acte de communication⁵⁰.

En effet, la présente affaire « fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale »⁵¹, à savoir un système de justice indépendant et transparent essentiel au maintien de la primauté du droit, la neutralité religieuse de l'État et de ses institutions, les droits de l'accusé d'opposer une défense pleine et entière et de bénéficier de la présomption d'innocence ainsi que la nécessité d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées. 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 dernier⁵².

Moduler, comme le fait la juge en chef McLachlin, le droit du témoin de garder ou non son niqab en fonction de la nature ou de l'importance de sa déposition, emportera une application problématique, complexifiant encore plus la procédure criminelle par la présentation

de nouvelles requêtes⁵³. 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.

Qui plus est, le principe de la publicité du procès favoriser la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice⁵⁴. 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. Pourtant, le port du niqab ne favorise pas les actes de communication :

« 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. »⁵⁵

En définitive, si la reconnaissance du multiculturalisme par la Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences, celles-ci ne restent pas toujours prépondérantes et l'acceptation de ce principe doit rester en contact « avec les racines de notre société démocratique contemporaine »⁵⁶. Sans nullement mettre en doute la sincérité des croyances religieuses de l'appelante en l'espèce, il demeure que le

⁵⁰ *Id.*, par. 78.

⁵¹ *Id.*, par. 60.

⁵² *Id.*, par. 68.

⁵³ *Id.*, par. 69.

⁵⁴ *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 22, tel que cité dans *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 75.

⁵⁵ *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 77.

⁵⁶ *Id.*, par. 72.

port du niqab n'est pas compatible non seulement avec les droits de l'accusé, mais aussi avec la transparence et la neutralité religieuse – des valeurs constitutionnelles – dans la démocratie contemporaine, mais diversifiée qu'est le Canada.

C. La dissidence de la juge Abella : la prépondérance des droits religieux

À l'autre extrémité du spectre, la juge Abella 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 procès⁵⁷.

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. Certes, l'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.) ; toutefois, pour la juge Abella, le fait de voir moins les expressions faciales du témoin n'empêche pas 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 »⁵⁸. La preuve, 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 manifes-

tation 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 normales⁵⁹.

Sans compter que l'occasion d'évaluer le comportement du témoin peut s'avérer d'utilité limitée pour tirer des conclusions exactes quant à la crédibilité. En effet, 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 : un accident vasculaire cérébral peut nuire à l'expression du visage ; une maladie peut gêner les mouvements du corps ; un trouble de la parole peut influencer sur l'expression orale ; et le recours à un interprète peut fort bien avoir une incidence sur l'appréciation du comportement du témoin.

De son côté, le témoin portant un niqab peut néanmoins s'exprimer par son regard, son langage corporel et ses gestes. Le niqab n'a aucune incidence sur la déposition orale, y compris le ton et l'inflexion de la voix, le rythme de ses propos ou, plus important encore, la teneur de ses réponses. Ainsi, l'impossibilité d'observer tout le visage d'un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue un simple élément d'un outil imprécis d'appréciation de la crédibilité. Il est par

⁵⁷ *Id.*, par. 86.

⁵⁸ *Id.*, par. 82.

⁵⁹ Barry R. MORRISON, Laura L. PORTER and Ian H. FRASER, « The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses » (2007) 33 A.Q. 170, 189, tel que cité dans *id.*, par. 98.

ailleurs toujours loisible à la défense de contre-interroger N.S. rigoureusement.

En revanche, interdire au témoin de porter le niqab conformément à ses croyances religieuses sincères emporte des effets bien plus indésirables, forçant le témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice, d'où une impossibilité en fait de porter d'accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit et, de façon plus générale, de ne pas accepter de témoigner au procès d'une autre personne. Le pire, c'est que ces femmes ne seront pas en mesure de témoigner pour leur propre défense. Il semblerait « 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 déposition⁶⁰.

Bref, l'équité du processus judiciaire doit être considérée, non pas uniquement du point de vue de l'accusé, mais aussi sous l'angle de la collectivité et du plaignant⁶¹. L'approche au cas par cas préconisée par la majorité ne réglerait probablement la difficulté en ce qu'une plaignante dans un cas d'agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, devra choisir entre le dépôt d'une plainte et le port du niqab, ce qui ne constitue peut-être pas un véritable choix⁶².

Puisque la sincérité de N.S. semble avoir été établie, la juge Abella aurait accueilli le pourvoi et renvoyé 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 pré-

liminaire et de tout procès qui pourrait être intenté.

III. La liberté religieuse dans l'État laïque : un concept incompris?

À n'en pas douter, la multiplication des groupes religieux minoritaires au Canada, notamment la visibilité de certaines pratiques orthodoxes de l'Islam, questionne les agencements traditionnels en matière de régulation par l'État du pluralisme religieux. Décidément, l'expression de certaines convictions religieuses interpelle de plus en plus la société et les pouvoirs publics.

A. Un compromis « à la belge »

Avant tout, il y a lieu d'applaudir ce délicat exercice de pondération qu'a prôné la Cour suprême en rapatriant dans le contexte criminel et pénal la grille d'analyse des arrêts *Dagenais/Mentuck*. Il s'agit d'un critère souple qui avait été élaboré dans l'hypothèse spécifique des ordonnances de non-publication durant les procédures judiciaires, afin de pondérer plus particulièrement la liberté d'expression (de la presse) avec d'autres droits et intérêts concurrents. En application de ce cadre, la Cour suprême avait affirmé qu'une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accès à un procès public et

⁶⁰ R. c. N.S., préc., note 28, par. 88.

⁶¹ R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 72 tel que cité dans *id.*, par. 95.

⁶² R. c. N.S., préc., note 28, par. 96.

équitable, et sur la bonne administration de la justice.

Il s'agit en effet d'une adaptation du test de l'arrêt *Oakes*⁶³, conçu à l'origine en vue de déterminer la « limite raisonnable » des restrictions apportées par « une règle de droit » aux droits et libertés fondamentaux garantis par la Charte canadienne, au regard de son article premier. En d'autres termes, le test de l'arrêt *Oakes* vise à établir un juste équilibre entre un ou des droits individuels et les besoins de la collectivité au sens large. Pour ce faire, il y est prévu une analyse de l'importance de l'objectif d'une mesure restrictive et du caractère raisonnable des moyens adoptés pour atteindre l'objectif. Tout d'abord, il faut « à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important »⁶⁴. Le second volet comporte une analyse en trois étapes du caractère proportionnel des moyens par rapport aux fins recherchées. Premièrement, les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important »⁶⁵. Ce dernier volet de l'analyse du caractère proportionnel a été peaufiné plus tard dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, comme imposant une évaluation de la propor-

tionnalité des effets préjudiciables par rapport aux avantages pouvant découler de la limitation en cause⁶⁶. Bref, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation, d'où un examen, minutieux, du contexte.

Cela étant, lorsque le conflit oppose deux droits ou libertés fondamentaux, plutôt qu'un intérêt individuel à l'ordre public, un réaménagement s'impose. Plutôt que d'exiger une atteinte « minimale » à l'un des deux droits opposés, « [l]a 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 »⁶⁷. Cet examen passe d'abord par la recherche « d'autres mesures raisonnables » qui permettraient de respecter chacun des droits et conviennent à toutes les parties.

Rappelons que le concept d'« accommodement raisonnable », opérant une pondération des droits de chacun, a été forgé par les autorités prétorienne dans les cas de discrimination en milieu de travail :

« L'obligation [d'accommodement] dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment

⁶³ *Oakes*, préc., note 45.

⁶⁴ *Id.*, par. 69.

⁶⁵ *Id.*, par. 70.

⁶⁶ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 125.

⁶⁷ *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 31.

l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. [...] Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part [...] doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi».⁶⁸

Cela étant, il faut plus que de «simples efforts négligeables» pour remplir l'obligation d'accommodement, étant entendu que «[l]'atteinte ou l'inconvénient minimes sont le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle»⁶⁹. Ce qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire.

Le droit public ne devrait pas faire exception. Dans *R. c. N.S.*, la majorité propose à cet effet les considérations pertinentes suivantes :

«[33] 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.»⁷⁰

Par ailleurs, de même qu'il est erroné de prétendre à la futilité des mesures d'accommodement raisonnable en cas de discrimination dont l'effet s'avère minime⁷¹, la recherche d'un compromis «à la belge» entre deux droits fondamentaux opposés nécessite une délicate pondération des atteintes aux droits respectives, qu'elles soient directes ou indirectes, délibérées ou involontaires, prévisibles ou imprévisibles.

Au fait, la position nuancée de la majorité, prônant une approche au cas par cas, se révèle au bout du compte en accord avec la jurisprudence du pays autant sur les limites de la liberté religieuse, qui a été interprétée libéralement dans une vaste gamme de contextes, que sur le principe de la non-hiérarchisation des droits fondamentaux⁷².

⁶⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 13, par. 23.

⁶⁹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, préc., note 17.

⁷⁰ *R. c. N.S.*, préc., note 28, par. 31.

⁷¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 17, 543 : «L'objet même des lois en matière de droits de la personne est d'empêcher la discrimination. S'il peut y avoir discrimination sans conséquence, c'est l'objet même de la loi qui se trouve contrecarré.»

⁷² Pour une analyse approfondie de ce principe, voir : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, «Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux», (2012) 4 *R.Q.D.C.* 7.

B. L'interprétation libérale de la liberté de religion : une divergence de perceptions

Depuis l'avènement de la Charte canadienne, la Cour suprême a adopté une définition individualiste et subjective de la religion. Dans *Amselem*, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité, décrète que la liberté de religion est « intrinsèquement liée à la manière dont une personne se définit et s'épanouit » et qui est fonction « des notions de choix personnel et d'autonomie de l'individu »⁷³. Il s'ensuit que « ceux qui invoquent la liberté de religion ne devraient pas être tenus d'établir la validité objective de leurs croyances en apportant la preuve que d'autres fidèles de la même religion les reconnaissent comme telles »⁷⁴ : c'est la « sincérité de la croyance », plutôt que sa « validité », qui doit être démontrée. Sous quel angle doit-on apprécier la croyance religieuse d'un individu ? Une croyance sincère s'entend simplement d'une croyance honnête⁷⁵. De fait, dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice⁷⁶. De plus, étant donné le caractère mouvant ou évolutif des croyances religieuses, l'examen par le tribunal de la sincérité de la croyance doit « s'attacher non pas aux pratiques ou croyances antérieures de la personne, mais plutôt à ses croyances au moment de la prétendue atteinte à la liberté de reli-

gion »⁷⁷. Cette approche éminemment subjective a été reprise par la Cour suprême dans l'affaire *Multani*:

« Le fait que plusieurs personnes pratiquent la même religion de façon différente n'invalide pas pour autant la demande de celui qui allègue une violation à sa liberté de religion. Ce qui importe, c'est que cette personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique. »⁷⁸

La majorité dans *R. c. N.S.* ne s'est point écartée de ce courant. Cela étant, le critère très subjectif de la sincérité des croyances a été critiqué dans deux directions opposées, comme nous le rapporte Howard Kislowicz:

« Ceux qui prétendent que la définition est trop large font valoir qu'il devrait y avoir un aspect objectif, sinon la crainte que l'État ne soit pas en mesure de « filtrer les personnes ayant des réclamations "fictives" ou "capricieuses". ». Ceux qui prétendent que la définition est trop étroite font valoir que la définition très individualiste peut sensiblement appauvrir la compréhension de la religion, en négligeant ses aspects collectifs, communaux et culturels. »⁷⁹

⁷⁷ *Id.*, par. 53.

⁷⁸ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 22, par. 35.

⁷⁹ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Tenter de verser un océan dans un gobelet en carton : Un argument pour la « dé-définition de la religion »*, par Howard KISLOWICZ, 2012, en ligne : <<http://www.ohrc.on.ca/fr/la-croyance-la-liberte-de-religion-et-les-droits-de-la-personne-numero-2012-01-26>> [références omises] (consulté le 9 janvier 2015).

⁷³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 20, par. 42.

⁷⁴ *Id.*, par. 43.

⁷⁵ *Id.*, par. 51.

⁷⁶ *Id.*, par. 52.

À notre humble avis, il s'agirait pourtant d'un faux problème. Certes, au nom du principe de la neutralité de l'État, un tribunal laïc ne devrait pas ni ne serait justifié de s'immiscer dans la détermination de ce qui constitue explicitement ou implicitement un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux⁸⁰. Qui plus est, dans la perspective du grand public toutefois, un tel «laxisme», se fiant presque entièrement sur la crédibilité du demandeur quant à la sincérité de sa croyance, risque d'ouvrir la voie aux dérapages, en ce que, faute de balises objectives démarquant les limites d'une religion – ce lien individuel avec le divin, l'impression première en est d'un sillon creusé pour des caprices humains, d'où des polémiques des plus ardentes sur le bien-fondé d'une obligation constitutionnelle de concilier les autres droits fondamentaux avec la liberté religieuse, que certains voient comme un terreau de l'arbitraire.

Mais plus fondamentalement, les tribunaux n'ont nullement à trancher ce nœud gordien qui regrouperait l'ensemble des comportements religieux des personnes évoluant dans une société véritablement pluraliste. Après tout, les alinéas *a*) et *b*) de l'article 2 de la Charte canadienne enchâssent d'une part, la «liberté de conscience et de religion», et d'autre part, la «liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression». Or,

il est reconnu que la liberté de religion comporte à la fois une dimension intérieure (la liberté de croire) et une dimension extérieure (la liberté d'agir conformément à ses croyances)⁸¹. Advenant qu'une «croyance» n'ait pu, pour raison quelconque, être qualifiée de «religieuse», son statut constitutionnel ne serait pas menacé pour autant, puisqu'elle demeurerait, le cas échéant, une croyance, conscience ou opinion que toute personne est libre d'entretenir. Si donc une pratique n'a pu être considérée comme étant «religieuse», elle n'en reste pas moins l'«expression» d'une pensée ou opinion qui mérite une protection constitutionnelle équivalente.

En effet, une société libre, pluraliste et démocratique attache «une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu»⁸². D'où une interprétation jurisprudentielle très large et libérale de la portée de la liberté d'expression afin d'étendre cette garantie constitutionnelle au plus grand nombre d'activités, expressives, possible.

A priori, toute activité – quelle qu'elle soit – qui transmet ou tente de transmettre une signification, a un contenu expressif aux fins de l'alinéa 2*b*) de la Charte canadienne⁸³. L'on ne saurait déli-

⁸⁰ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 15, 759: «L'alinéa 2*a*) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques.»

⁸¹ *Supra*, p. 3 et 4.

⁸² *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 968.

⁸³ *Id.*, 969. *A contrario*, certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, n'auraient pas de contenu expressif, à moins qu'il ne soit autrement démontré qu'elles ont pour but de transmettre un message (ex. une personne célibataire qui, en signe de protestation publique, gare sa voiture dans une zone réservée

miter le champ de la protection en se basant sur le contenu ou la signification du message. Une démocratie ne pouvant subsister « sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions »⁸⁴, l'objet de la garantie s'étend nécessairement à la liberté d'entretenir et d'exprimer « des croyances minoritaires que la majorité des gens considèrent comme erronées ou fausses »⁸⁵, quelque impopulaires qu'elles puissent être. Ne dit-on pas que la démocratie se doit de préserver non seulement « la liberté de pensée pour ceux qui sont d'accord avec nous », mais aussi et surtout « la liberté pour les pensées que nous haïssons »⁸⁶. L'opinion majoritaire, tolérée de toute façon, n'a guère besoin de protection constitutionnelle. Le respect de la liberté d'expression donne plutôt une garantie que les opinions des minorités ne seraient pas réprimées par la perception majoritaire de ce qu'est la « vérité » ou de ce qui constitue l'« intérêt public »⁸⁷.

La liberté de religion implique-t-elle quelque chose de plus dans un État laïque? Bon gré mal gré, une réponse négative s'impose. La religion devenant essentiellement une affaire de conscience; il n'y aurait aucune raison de privilégier ceux et celles qui croient au diktat d'une autorité transcendante, à l'existence de Dieu ou qu'une pratique, rite ou cérémonie parti-

culière les rapprochera du divin. D'un point de vue athée, voire agnostique, une religion n'a plus « aucune valeur intrinsèque »⁸⁸. Pire, lorsque les adeptes d'un rituel ou interdit d'apparence fade et sans intérêt, se voient exempter de l'application d'une loi (tel n'est-il pas l'essence même des accommodements?)⁸⁹, pareil traitement « inéquitable » enflamme les passions. Si donc qu'au nom de la démocratie, il avait été décidé qu'une activité particulière doive être restreinte dans l'intérêt public, pourquoi la question devrait-elle être réexaminée uniquement à l'égard d'un individu ou d'un groupe « religieux » au sens traditionnel du terme, célébrant un Dieu à l'image d'homme, et non également à ceux et celles qui désirent exprimer leur foi en eux-mêmes (ou en autrui), l'avenir, la raison (ou la folie), la vérité (ou le mensonge) scientifique, le progrès (ou la déchéance) de l'humanité, la beauté (ou la cruauté) de Dame Nature?

Comme pour la liberté d'expression, il n'y aurait que les rares cas de recours à la violence physique qui sont exclus *ipso facto* du champ de protection de la Charte canadienne⁹⁰. Cette exclusion tire sa

aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées).

⁸⁴ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1336.

⁸⁵ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, 752.

⁸⁶ *United States c. Schwimmer*, (1929) 279 U.S. 644, 654 et 655 cité avec approbation dans *R. c. Zundel*, préc., note 85, 753.

⁸⁷ *R. c. Zundel*, préc., note 85, 753.

⁸⁸ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Accommodement et compromis: Pourquoi les questions de liberté de religion ne peuvent être résolues par la conciliation*, par Richard MOON, 2012, en ligne: <<http://www.ohrc.on.ca/fr/la-croyance-la-liberte%C3%A9-de-religion-et-les-droits-de-la-personne-num%C3%A9ro-sp%C3%A9cial-de-diversit%C3%A9/accommodement-et-compromis-pourquoi-les-questions-de-liberte%C3%A9-de-religion-ne-peuvent>> (consulté le 9 janvier 2015).

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 588.

justification « du fait que ces formes d'expression s'opposent aux valeurs soutenant la liberté d'expression »⁹¹, attendu que « la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure »⁹². La violence, dans ce contexte, s'entend uniquement de « l'expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel »⁹³: à l'évidence, « l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi »⁹⁴. Les actes de terrorisme ou le fait d'être membres d'organisations terroristes, ne bénéficient pas non plus d'aucune protection constitutionnelle, s'agissant des conduites associées à la violence⁹⁵.

Ainsi, lorsqu'on considère la liberté de religion en tant qu'un aspect de la liberté d'expression, le critère de la sincérité d'une croyance (morale ou religieuse) se justifie: il réfère ni plus ni moins à cette nécessité pour le juge de s'assurer qu'une croyance, pensée ou opinion n'ait pas été invoquée à des fins frauduleuses pour contourner l'application d'une loi ou d'une exigence d'ordre public. Autrement, « une enquête envahissante de l'État dans la nature des croyances d'un deman-

deur mettrait en péril les valeurs fondant la liberté de religion »⁹⁶.

C. La non-hiérarchisation ou une « coexistence pacifique » des droits fondamentaux

En fait, le point le plus sensible de l'opinion majoritaire exprimé dans le présent arrêt réside sans doute dans cette obligation de balancer, si besoin est, les avantages et inconvénients qui découleraient, tant pour la victime, l'accusé que pour la société en général, de la possibilité de témoigner à visage couvert pour des motifs religieux par rapport aux impacts d'un tel « accommodement » sur l'équité du procès. *A priori*, l'on aurait soutenu que la nécessité de garantir l'équité du procès – cette trame sous-jacente au fil d'or de la justice pénale qu'est le principe quasi sacré de la présomption d'innocence – devrait, en toutes circonstances, l'emporter en raison de son caractère d'ordre public absolu, au risque de sanctionner un déni de justice.

Derechef, si l'on considère la liberté de religion en tant qu'une composante de la liberté d'expression, l'impasse se résout d'elle-même. Certes, la règle de common law qui, avant l'adoption de la Charte canadienne, régissait les ordonnances de non-publication (dans le contexte de la liberté de la presse), accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. Or, ce déséquilibre est désormais incompatible avec les principes de la Charte, en

⁹¹ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 731 (nos soulignés).

⁹² *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, préc., note 82, 970.

⁹³ *R. c. Keegstra*, préc., note 91, 732.

⁹⁴ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, préc., note 82, 970.

⁹⁵ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 en particulier les paragraphes 103 à 105.

⁹⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 20, par. 55.

particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la Charte aux alinéas 2b) et 11d). Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication ou du port d'un niqab lors de son témoignage, les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droit⁹⁷.

Dans l'arrêt *Dagenais*, par exemple, des membres d'un ordre religieux catholique accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins présentent une demande d'injonction interdisant à la Société Radio-Canada de diffuser la mini-série intitulée *Les garçons de Saint-Vincent*, un drame fictif racontant les abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique à Terre-Neuve. Quelques années plus tard, la Cour suprême réitérait cette approche dans l'affaire *Mills*, relativement au droit des accusés d'avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle. Comme le relève le juge Iacobucci, au nom de la majorité :

«Trois principes étayés par des dispositions particulières de la *Charte* [canadienne] sont en jeu dans le présent pourvoi. Ce sont les principes de la défense pleine et entière, de la vie privée et de l'égalité. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées.»⁹⁸

Le port du niqab au cours des procédures judiciaires ne soulève-t-il pas, *mutatis mutandis*, des enjeux tout aussi

complexes et nuancés? Rien n'est absolu, tout est affaire d'équilibre.

*
* *

En définitive, l'affaire du niqab sonde jusqu'aux fondements de la société et du système juridique canadiens. Plutôt qu'une interdiction claire du port du niqab à toutes les étapes du procès criminel ou une tolérance tous azimuts, les juges majoritaires de la Cour suprême optent pour une solution mitoyenne consistant à conjuguer le droit de l'accusé à une défense pleine et entière avec la liberté religieuse subjective du témoin dont la foi oblige à déposer à visage voilé, le tout tissé sur une toile de fond marquée par une conception inclusive du multiculturalisme ainsi qu'une vision évolutive de la laïcité. Il y a lieu de saluer cette approche nuancée, requérant un examen minutieux de toutes les circonstances d'espèce, laquelle, tout en confirmant une interprétation large des droits religieux, appelle la prise en compte d'autres droits constitutionnels sur un pied d'égalité réelle afin d'opérer une intégration effective des minorités dans une société démocratique conformément aux racines historiques du patrimoine canadien.

En effet, la demande émanant des minorités quant à la prise en compte de leurs caractéristiques culturelles indique une volonté d'intégration dans les institutions communes, plutôt qu'une manifestation de séparatisme culturel ou qu'une source d'enfermement dans la différence. Ce qui pousserait les minorités à se replier sur leur communauté, c'est précisément la non-adoption de ces aménagements qui permettent leur pleine participation aux institutions communes. C'est donc bienvenu aujourd'hui que les demandes émanant de groupes minoritaires sont

⁹⁷ *Dagenais*, préc., note 42, 877.

⁹⁸ *R. c. Mills*, préc., note 35, par. 61.

plutôt défendues dans une perspective libérale visant l'autonomie individuelle dans le contexte d'un pluralisme ethno-culturel.

Qui plus est, dans une société véritablement libre et démocratique, la liberté de croire et de pratiquer sa religion, se devrait être subsumée et considérée sous l'approche plus englobante de la liberté de conscience et d'expression. Le multiculturalisme canadien se devant de favoriser l'expression de toutes les croyances et opinions tout en n'admettant la supériorité d'aucunes; être religieux, athée, ou agnostique, ne nous rend plus titulaire des privilèges dont les citoyens en général ne jouissent pas. Au sein d'un État laïque, les revendications religieuses au sens traditionnel ne sont, après tout, pas fondamentalement différentes de la liberté de chacun d'exprimer ce que dicte sa conscience.

Puisse un tel équilibre, reflet du passé, être tout aussi garant de l'avenir!