

R. c. N.S., 2010 ONCA 670 (CanLII)

La décision susmentionnée met en opposition le droit à la liberté de religion et le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins du ministère public lors d'une enquête préliminaire. Ce droit s'inscrit dans le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Il n'existe pas de droit en tant que tel à une confrontation face à face avec un témoin. Pour décider si l'accusé perd son droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, il faut examiner les faits particuliers de chaque affaire.

Dans l'affaire décrite aux présentes, l'oncle et le cousin de S sont accusés d'infractions d'ordre sexuel à l'endroit de S. Lors de l'enquête préliminaire, S, musulmane, porte un voile (niqab) qui couvre tout le visage, sauf ses yeux. Les deux accusés demandent alors une ordonnance obligeant S à retirer son niqab durant son témoignage. Le juge décide d'interroger S sur son objection à retirer le niqab. Il rejette la suggestion du ministère public d'accorder à S l'occasion de consulter un avocat avant d'être interrogée.

Après l'explication de l'objection par S, le juge décide qu'elle devrait bénéficier de la présence d'un avocat. À la reprise de l'audience, s'appuyant principalement sur le fait que S avait retiré son niqab lors de la prise d'une photo pour son permis de conduire, le juge estime que la croyance religieuse de S n'est pas si profonde. Il lui ordonne de témoigner sans son niqab. S présente alors une requête afin d'obtenir un bref de *certiorari* en annulation de cette ordonnance. Le juge qui entend la requête accorde le bref, fixe la procédure à suivre pour l'audition d'une demande visant à obliger un témoin à retirer son niqab et renvoie l'affaire au juge de l'enquête préliminaire pour qu'il prenne une décision selon cette procédure. S interjette appel de cette décision.

Le 13 octobre 2010, la Cour d'appel de l'Ontario accueille l'appel en partie. Selon les trois juges qui ont entendu l'appel, lorsqu'un témoin conteste une ordonnance d'un juge présidant une enquête préliminaire sous prétexte que cette ordonnance est contraire aux principes de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la « *Charte* »), le juge de la Cour supérieure doit procéder au contrôle de la décision suivant la norme de la justesse de la décision contestée pour déterminer s'il va accorder une réparation extraordinaire.

Même si un juge présidant une enquête préliminaire n'a pas compétence pour octroyer une réparation en vertu de la *Charte*, il a l'autorité de prendre en ligne de compte les valeurs de la *Charte* lorsqu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Le juge doit exercer ses pouvoirs en conformité avec la *Charte*. Il doit ainsi considérer les valeurs concurrentes de la *Charte* et s'employer à rendre des décisions qui reflètent une harmonisation appropriée de ces valeurs. Dans le cadre

de ses pouvoirs de contrôle de l'instance, ce juge a le pouvoir de décider si une témoin sera autorisée à témoigner lorsqu'elle est vêtue d'un niqab.

S'agissant d'un témoignage, un témoin désireux de se conformer à une pratique religieuse doit démontrer que cette pratique s'inscrit dans le droit à la liberté religieuse. Si le juge est convaincu que la témoin a présenté une demande fondée, il doit alors déterminer dans quelle mesure le port du niqab pourrait nuire à la capacité de l'accusé de contre-interroger la témoin. Si le juge estime que le fait d'autoriser la témoin à porter le niqab ne nuira pas au contre-interrogatoire, ou aura une incidence minimale, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ne sera pas compromis. Si, toutefois, la défense allègue que le port du niqab nuit de quelque autre manière au contre-interrogatoire, c'est à la défense d'en faire la preuve.

Si le juge est convaincu qu'à la fois le droit de la témoin à la liberté religieuse et le droit de l'accusé à la présentation d'une défense pleine et entière sont suffisamment compromis, le juge doit alors tenter de concilier ces deux droits en leur donnant effet. Dans une telle situation, il est important de tenir compte, entre autres, des facteurs suivants : L'instance est-elle une enquête préliminaire ou un procès? S'agit-il d'un procès avec jury? Quelle est la nature de la preuve qui sera présentée par la témoin qui veut porter le niqab? Si le juge conclut qu'en dépit du recours à d'autres moyens (par exemple, dans le cas de procès avec jury, le recours aux directives appropriées), le port du niqab par la témoin pourrait nuire d'une façon significative au contre-interrogatoire de la témoin et pourrait résulter en un déni du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, ce droit aura préséance sur le droit de la témoin à la liberté de religion : la témoin sera contrainte à retirer son niqab.

Dans la présente affaire, le juge président l'enquête préliminaire a omis d'examiner, comme il se devait de le faire, la prétention de S selon laquelle ses croyances religieuses lui dictaient de porter le niqab durant son témoignage. Il a aussi omis d'accéder à la requête du ministère public visant à accorder à S l'occasion de consulter un avocat avant d'être interrogée sur ses croyances religieuses. L'ordonnance obligeant S à retirer son niqab durant son témoignage constitue une erreur de droit. L'affaire doit être renvoyée au juge saisi de l'enquête préliminaire pour qu'il y donne suite. Si le juge est appelé à trancher la question de savoir si S peut porter son niqab durant son témoignage, il devra suivre les principes énoncés par la Cour d'appel.

Le Collège universitaire de Saint-Boniface remercie Justice Canada de son appui financier à la rédaction de ce résumé d'arrêt.