

Dossier n° 33989

COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

N.S.

APPELANTE
(appellant)

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

M---d.S.

M---l.S.

INTIMÉS
(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
CANADIAN COUNCIL ON AMERICAN-ISLAMIC RELATIONS
INTERVENANTS**

MÉMOIRE DE L'INTERVENANT, BARREAU DU QUÉBEC

M. David B. Butt

Bureau 501
205, rue Richmond Ouest
Toronto (Ontario)
M5V 1V3

Tél. : 416 361-9609
Télec. : 416 361-9443
dbutt@barristersatlaw.ca

Procureur de l'appelante

Mme Elise Nakelsky
Procureur général de l'Ontario

10^e étage
720, Bay Street
Toronto (Ontario)
M5G 2K1

Tél. : 416 212-2149
Télec. : 415 326-4656
elise.nakelsky@ontario.ca

Procureure de l'intimée
Sa Majesté la reine

M. Michael Dineen
Douglas Usher
Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross,
Gorham & Angelini LLP

Bureau 100
36, rue Lombard
Toronto (Ontario)
M5C 2X3

Tél. : 416 977-7900, poste 200
Télec. : 416 352-7733
dineen@criminaltriallawyers.ca

Procureur de l'intimé M---d.S.

M. Terri H. Semanyk

Shanbaum Semanyk Professional Corporation

Bureau 107
150, rue Isabella
Ottawa (Ontario)
K1S 1V7

Tél. : 613 238-6969, poste 2
Télec. : 613 238-9916
tsemanyk@sspclaw.ca

Correspondant de l'appelante

M. Robert E. Houston
Burke-Robertson LLP

70, rue Gloucester
Ottawa (Ontario)
K2P 0A2

Tél. : 613 566-2058
Télec. : 613 235-4430
rhouston@burkerobertson.com

Procureur de l'intimée
Sa Majesté la reine

M. Brian A. Crane
Gowling Lafleur Henderson LLP

Bureau 2600
160, rue Elgin
Ottawa (Ontario)
K1P 1C3

Tél. : 613 786-0107
Télec. : 613 788-3404
brian.crane@gowlings.com

Correspondant de l'intimé M---d.S

M. Enzo M. Battigaglia
Bureau 600
1000, avenue Finch Ouest
Toronto (Ontario)
M3J 2V5

Tél. : 416 650-1011
Télec. : 416 650-1980
courriel

Procureur de l'intimé M---I.S

Mme Reema Khawja
M. Anthony D. Griffin
Commission ontarienne des droits de la
personne
8^e étage
180, rue Dundas Ouest
Toronto (Ontario)
M7A 2R9

Tél. : 416 326-9870
Télec. : 416 326-9867

Procureurs de l'intervenante
Commission ontarienne des droits de la
personne

M. Rahool P. Agarwal
M. Michael Kotrly
Mme Vasuda Sinha
Norton Rose OR LLP
Bureau 3800
Tour sud, Royal Bank Plaza
200, Bay street
Toronto (Ontario)
M5J 2Z4

Tél. : 416 216-3943
Télec. : 416 216-3930
rahool.agarwal@nortonrose.com

Procureurs de l'intervenante
Barbra Schlifer Commemorative Clinic

M. Brian A. Crane
Gowling Lafleur Henderson LLP
Bureau 2600
160, rue Elgin
Ottawa (Ontario)
K1P 1C3

Tél. : 613 233-1781
Télec. : 613 563-9869
brian.crane@gowlings.com

Correspondant de l'intervenante,
Commission ontarienne des
droits de la personne

Mme Sally A. Gomery
Norton Rose OR LLP
Bureau 1500
45, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4

Tél. : 613 780-8604
Télec. : 613 230-5459
sally.gomery@nortonrose.com

Correspondante de l'intervenante
Barbra Schlifer Commemorative
Clinic

M. Frank Addario
Sack Goldblatt Mitchell LLP
Bureau 1130
20, rue Dundas Ouest
Toronto (Ontario)
M5G 2G8

Tél. : 416 979-6446 (M. Addario)
Télec. : 416 591-7333
faddario@sgmlaw.com

Procureurs de l'intervenant
Criminal Lawyers' Association (Ontario)

M. Tyler Hodgson
Borden Ladner Gervais LLP
44^e étage
40, rue King Ouest
Toronto (Ontario)
M5H 3Y4

Tél. : 416 367-6460
Télec. : 416 361-2526
thodgson@blg.com

Procureur de l'intervenant
Muslim Canadian Congress

M. Ranjan K. Agarwal
M. Daniel T. Holden
Mme Jessica Weiss
Bennett Jones LLP
3400, One First Canadian Place
Toronto (Ontario)
M4X 1A4

Tél. : 416 777-6503
Télec. : 416 863-1716
agarwalr@bennettjones.com
holdend@bennettjones.com

Procureurs de l'intervenant
South Asian Legal Clinic of Ontario

Mme Colleen Bauman
Sack Goldblatt Mitchell LLP
Bureau 500
30, rue Metcalfe
Ottawa (Ontario)
K1P 5L4

Tél. : 613 235-5327
Télec. : 613 235-3041
cbauman@sgmlaw.com

Correspondante de l'intervenant
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)

Mme Nadia Effendi
Borden Ladner Gervais LLP
World Exchange Plaza
Bureau 1100
100, rue Queen
Ottawa (Ontario)
K1P 1J9

Tél. : 613 237-5160
Télec. : 613 230-8842
neffendi@blg.com

Correspondante de l'intervenant
Muslim Canadian Congress

Mme Sheridan Scott
Bennett Jones LLP
Bureau 1900
45, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4

Tél. : 613 683-2302
Télec. : 613 683-2323
scottss@bennettjones.com

Correspondante de l'intervenant
South Asian Legal Clinic of
Ontario

M^e Babak Barin

BCF s.e.n.c.r.l.

Bureau 2500

1100, boul. René-Lévesque Ouest

Montréal (Québec)

H3B 5C9

Tél. : 514 397-8500

Téléc. : 514 397-8515

bbarin@bcf.ca

Mme Pamela J. MacEachern

Nelligan O'Brien Payne LLP

Bureau 1500

50, rue O'Connor

Ottawa (Ontario)

K1P 6L2

Tél. : 613 231-8276

Téléc. : 613 788-3681

pam.maceachern@nelligan.ca

**Procureurs de l'intervenant
Barreau du Québec**

**Correspondante de l'intervenant
Barreau du Québec**

M^e Sylvie Champagne

Barreau du Québec

445, boul. St-Laurent

Montréal (Québec)

H2Y 3T8

Tél. : 514 954-3400, poste 3103

Téléc. : 514 954-3407

schampagne@barreau.qc.ca

**Procureure de l'intervenant
Barreau du Québec**

M. Bradley E. Berg

Mme Rahat Godil

Blake, Cassels & Graydon LLP

Bureau 4000

199, Bay Street

Toronto (Ontario)

M5L 1A9

Tél. : 416 863-4316

Téléc. : 416 863-2653

brad.berg@blakes.com

rahat.godil@blakes.com

Mme Nancy K. Brooks

Blake, Cassels & Graydon LLP

20^e étage

45, rue O'Connor

Ottawa (Ontario)

K1P 1A4

Tél. : 613 788-2200

Téléc. : 613 788-2247

nancy.brooks@blakes.com

**Procureurs de l'intervenante
Association canadienne des libertés
civiles**

**Correspondante de l'intervenante
Association canadienne des
libertés civiles**

**Mme Joanna L. Birenbaum
Mme Susan M. Chapman
Fonds d'action et d'éducation juridiques
pour les femmes**
Bureau 703
60, avenue St-Clair Est
Toronto (Ontario)
M4T 1N5

Tél. : 416 595-7170 (poste 223)
Télec. : 416 595-7191
j.birenbaum@leaf.ca

**Procureures de l'intervenant
Fonds d'action et d'éducation juridiques
pour les femmes**

**Mme Mihad Fahmy
M. Faisal Bhabha
Peggy Smith Law Office**
160, rue Johnson
Kingston (Ontario)
K7L 1Y1

Tél. : 519 641-1861
Télec. : 519 204-0375
mihad@rogers.com

**Procureurs de l'intervenant
Canadian Council on American-Islamic
Relations**

**Mme Nancy K. Brooks
Blake, Cassels & Graydon LLP**
20^e étage
45, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4

Tél. : 613 788-2200
Télec. : 613 788-2247
nancy.brooks@blakes.com

**Correspondante de l'intervenant
Fonds d'action et d'éducation
juridiques pour les femmes**

**M. Khalid Elgazzar
Champ and Associates**
43, rue Florence
Ottawa (Ontario)
K2P 0W6

Tél. : 613 237-4740, poste 2
Télec. : 613 232-2680
kelgazzar@champlaw.ca

**Correspondant de l'intervenant
Canadian Council on American-
Islamic Relations**

TABLE DES MATIÈRES

MÉMOIRE DE L'INTERVENANT	Page
PARTIE I – LES FAITS	1
PARTIE II – LA QUESTION EN LITIGE	1
PARTIE III – L'ARGUMENTATION	1
A. Réponse sommaire	1
B. La primauté du droit exige un accès égal de tous les citoyens aux tribunaux	2
C. Le public doit avoir confiance dans le système de justice canadien	4
D. Les paramètres de la conciliation du droit à la liberté de religion et du droit à une défense pleine et entière lors de procédure criminelle	6
i) <i>Absence de hiérarchisation des droits garantis par la Charte</i>	6
ii) <i>La conciliation : la démarche proposée par la Cour d'appel de l'Ontario</i>	6
iii) <i>La décision finale</i>	8
E. L'avocat doit jouer un rôle effectif pour favoriser l'accès à la justice et le respect de la primauté du droit	8
PARTIE IV – LES FRAIS	10
PARTIE V – LES CONCLUSIONS	10
PARTIE VI – LES SOURCES	11

MÉMOIRE DE L'INTERVENANT

PARTIE I – LES FAITS

1. Le Barreau du Québec (le « **Barreau** ») se réfère aux faits rapportés par le Procureur général de l'Ontario¹.

PARTIE II – LA QUESTION EN LITIGE

2. Dans ce mémoire, le Barreau entend apporter des éléments de réponse à la question suivante :

Afin de préserver la primauté du droit et d'assurer la confiance de tous les citoyens dans le système de justice canadien, les paramètres de la conciliation du droit à la liberté de religion et du droit à une défense pleine et entière lors de procédures criminelles, droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*², énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario doivent-ils être maintenus?

PARTIE III – L'ARGUMENTATION

A. Réponse sommaire

3. Le principe de la primauté du droit (« Rule of Law »), fondement de la Charte, exige notamment que tous les citoyens aient un accès égal aux tribunaux.
4. Le Barreau rappelle qu'aucun droit garanti par la Charte n'est absolu ou ne peut être hiérarchisé. Lorsqu'il y a un conflit de droits ou apparence de conflits, le devoir du tribunal est de tenter la conciliation des droits des parties afin de reconnaître aux parties un accès égal au tribunal. Selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, une règle absolue de hiérarchisation des droits applicable à tous les dossiers ne doit pas être reconnue. Une analyse cas par cas est nécessaire.
5. Le Barreau estime également qu'une analyse contextuelle est nécessaire afin d'assurer la confiance du public dans l'administration de la justice.

¹ Mémoire du Procureur général de l'Ontario, pages 1 à 15.

² *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.)], ci-après la « Charte ».

6. Le juge de première instance doit pouvoir compter sur la collaboration complète et totale des avocats au dossier afin de concilier les droits garantis par la Charte par une approche visant à trouver des compromis constructifs.

B. La primauté du droit exige un accès égal de tous les citoyens aux tribunaux

7. Le Canada est une société libre et démocratique³ fondée sur les principes qui reconnaissent la primauté du droit :

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et **la primauté du droit**⁴.

8. Tel que le reconnaît la Cour suprême du Canada, « *la primauté du droit constitue le fondement même de la Charte.* »⁵

9. Ainsi, avant même de déterminer si les droits garantis par la *Charte* soulevés par les parties doivent faire l'objet d'une démarche de conciliation, le juge, les avocats et les parties doivent être conscients que la primauté du droit exige que tous les citoyens aient un accès égal aux tribunaux et qu'aucun droit garanti par la Charte n'est absolu ou ne peut être hiérarchisé⁶.

10. Dans l'arrêt *B.C.G.E.U.*⁷, la Cour suprême du Canada reconnaît l'importance de l'accès aux tribunaux dans une société libre et démocratique reconnaissant la primauté du droit :

24. Le syndicat soulève en l'espèce des arguments fondés sur la *Charte*. Je traiterai de ces arguments un peu plus loin. Pour le moment, je tiens à mettre en relief certains articles de la *Charte* qui, à mon sens, fournissent une réponse complète à quiconque cherche à retarder, à refuser ou à empêcher l'accès aux cours de justice de ce pays. Prenons d'abord le préambule de la *Charte*. Il porte: "Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit". **La primauté du droit constitue donc le fondement même de la Charte.** Passons ensuite au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui dispose que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Les articles précédents dans la *Charte* confèrent d'une manière claire et explicite des libertés fondamentales, des droits démocratiques, la liberté de circulation et d'établissement, des garanties juridiques et des droits à l'égalité qui sont de la plus grande importance pour chaque Canadien. Or, qu'arrive-t-il en cas de violation ou de négation de ces droits et libertés? C'est au par. 24(1) qu'on

³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c.3; *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁴ Préambule de la Charte.

⁵ *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, par. 24.

⁶ Iacobucci, F., *Reconciling rights in the Supreme Court of Canada's approach to competing Charter rights*, (2003) 20 S.C.L.R. (2d), p.139.

⁷ *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 5, par. 24.

trouve la réponse: toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte*, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Les droits et libertés sont garantis par la *Charte* et les tribunaux sont tenus de fournir un redressement en cas de violation. **Pour paraphraser ce qu'a dit la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire Golder*, arrêt du 21 février 1975, Série A, vol. 18, à la p. 18, on ne comprendrait pas que le Parlement et les provinces décrivent d'une façon aussi détaillée les droits et les libertés garantis par la *Charte* et qu'ils ne protègent pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge.** C'est avec raison que la Cour des droits de l'homme a affirmé: "Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès." Ainsi en est-il en l'espèce. À quoi bon des droits et libertés garantis par la *Charte* si une personne qui veut les faire respecter se voit refuser l'accès à un tribunal compétent ou si cet accès est retardé? Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la *Charte* si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux? Les garanties offertes par la *Charte* ne seraient dès lors qu'illusoires et la *Charte* toute entière s'en trouverait minée.

25. Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice.

11. En 2007, la Cour suprême du Canada a reconnu que ce droit peut être encadré, car les provinces ont le pouvoir « *d'imposer à tout le moins certaines conditions quant aux modalités d'accès aux tribunaux* »⁸.

12. En l'espèce, la province de l'Ontario n'a, au point de vue législatif, adopté aucune interdiction ou limitation relative au port du niqab devant les tribunaux⁹. L'Appelante N.S. doit, à titre de présumée victime d'agression sexuelle, avoir accès au tribunal afin de faire valoir ses droits et dans l'exercice de ceux-ci, elle doit conserver sa liberté de religion (al. 2 b) de la Charte).

13. D'autre part, les intimés ont également le droit d'exiger un procès juste et équitable leur garantissant le droit à une défense pleine et entière (art. 7 et 11d) de la Charte) puisqu'ils sont présumés innocents.

14. Au Canada, les droits garantis par la Charte sont un ensemble indissociable qui vise à garantir le respect de la dignité humaine. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu à bon droit,

⁸ Colombie-Britannique (*Procureur général*) c. *Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 17.

⁹ Le *Code criminel* est également silencieux à cet égard.

en s'appuyant sur les arrêts *Mills*¹⁰, *Dagenais*¹¹ et *Crawford*¹² de la Cour suprême du Canada, que le droit protégé par la Charte d'une des parties ne peut être hiérarchisé par rapport à l'autre droit invoqué, et qu'ainsi aucun droit n'est absolu¹³.

15. Le droit à la liberté de religion de N.S. n'est donc pas absolu et doit coexister avec le droit des intimés à une défense pleine et entière lors d'un procès criminel :

Cependant le respect des minorités religieuses ne constitue pas un droit autonome et absolu; à l'instar des autres droits, la liberté de religion fait partie d'un ensemble d'autres droits individuels tout aussi importants. Le respect des droits des minorités doit également coexister avec des valeurs sociales qui sont au cœur de la composition et du fonctionnement d'une société libre et démocratique.¹⁴

16. Lorsqu'il y a un conflit de droits ou apparence de conflits, le devoir du tribunal est de tenter la conciliation des droits des parties afin de leur reconnaître un accès égal au tribunal¹⁵.

C. Le public doit avoir confiance dans le système de justice canadien

17. Le présent débat soulève une question qui dépasse les intérêts des parties impliquées.

18. La Cour d'appel de l'Ontario exprime cette préoccupation de la façon suivante :

[79] Perhaps the most difficult aspect of the contextual analysis is that which requires the court to take into account other constitutional values and societal interests that may be affected by the judge's decision whether a witness should be required to remove her niqab. N.S. is a Muslim, a minority that many believe is unfairly maligned and stereotyped in contemporary Canada. A failure to give adequate consideration to N.S.'s religious beliefs would reflect and, to some extent, legitimize that negative stereotyping. Allowing her to wear a niqab could be seen as a recognition and acceptance of those minority beliefs and practices and, therefore, a reflection of the multi-cultural heritage of Canada recognized in s. 27 of the *Charter*. Permitting N.S. to wear her niqab would also broaden access to the justice system for those in the position of N.S., by indicating that participation in the justice system would not come at the cost of compromising one's religious beliefs.

[80] N.S. is also a woman testifying as an alleged victim in a sexual assault case. Permitting her to wear her niqab while testifying would recognize her as an individual and acknowledge the particularly vulnerable position she is in

¹⁰ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 17, 61

¹¹ *Dagenais c. Société de Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, par. 72.

¹² *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 34.

¹³ Arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, par. 47 et 48.

¹⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 1, voir également par. 61 et 62.

¹⁵ *Dagenais c. Société de Radio-Canada*, préc., note 11, par. 72; *R. c. Mills*, préc., note 10, par. 21 et 90.

when testifying as an alleged victim in a sexual assault prosecution. Adjusting the process to ameliorate the hardships faced by a complainant like N.S. promotes gender equality.

[81] There is also a significant public interest in getting at the truth in a criminal proceeding. Arguably, permitting N.S. to testify while wearing her niqab would promote that interest. Without the niqab, N.S. would be testifying in an environment that was strange and uncomfortable for her. One could not expect her to be herself on the witness stand. A trier of fact could be misled by her demeanour. Her embarrassment and discomfort could be misinterpreted as uncertainty and unreliability. Furthermore, there may be cases where the Crown determines that it cannot in good conscience call upon the witness to testify if she is forced to remove her niqab. In those cases, the evidence will be lost and a trial on the merits may be impossible – hardly a result that serves the public interest in the due administration of justice.

[82] There is also a societal interest pointing against a witness wearing a niqab when testifying. Society has a strong interest in the visible administration of criminal justice in open courts where witnesses, lawyers, judges and the accused can be seen and identified by the public. A public accusation and a public response to that accusation, in a forum which tests the truth of the accusation through the adversarial process, enhances public confidence in the administration of criminal justice. All engaged in the criminal process, including witnesses, judges and lawyers, are ultimately accountable to the public. Allowing a witness to testify with her face partly covered affords the witness a degree of anonymity that undermines the transparency and individual accountability essential to the effective operation of the criminal justice system. Viewed from this perspective, allowing N.S. to wear a niqab while she testifies could compromise public confidence both in the conduct of the criminal trial and in the eventual verdict: see Ian Dennis, “The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights” (2010) 4 Crim. L. R. 255, at pp. 260-62.

[83] Obviously, these diverse interests cannot all be given full voice.

19. La prise en compte de l'impact de la décision auprès des citoyens et de la confiance de ceux-ci dans l'administration de la justice a été reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Dagenais* :

75 L'ordonnance rendue en l'espèce avait pour objectif de diminuer le risque qu'une publicité défavorable avant le procès rende le procès des quatre accusés inéquitable. Cet objectif reflète le droit, que les accusés partageaient avec le public et les tribunaux, à ce qu'un procès soit tenu et à ce qu'il soit équitable. Le droit de *Dagenais*, *Monette*, *Radford* et *Dugas* à un procès équitable est si important qu'il a obtenu le statut constitutionnel à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Outre le droit des accusés à un procès équitable, **le public avait le droit à ce que ces individus soient acquittés ou déclarés coupables à la suite de procès équitables, et qui paraissaient l'être: R. c. Généreux**, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. **De même, les tribunaux avaient le droit à ce que justice soit rendue et à ce que la considération dont**

jouit l'administration de la justice soit sauvegardée en faisant en sorte qu'on voit que justice est rendue.¹⁶

20. Le Barreau estime que cette analyse contextuelle est nécessaire afin d'assurer la confiance du public dans l'administration de la justice¹⁷.

D. Les paramètres de la conciliation du droit à la liberté de religion et du droit à une défense pleine et entière lors de procédure criminelle

21. Le Barreau est d'avis que la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé une démarche de conciliation des droits des parties qui reconnaît que chaque cas est un cas d'espèce et qui se base sur une approche contextuelle permettant de trouver un compromis constructif. Il faut surtout éviter d'établir une règle absolue comme le propose l'Appelante.

i) Absence de hiérarchisation des droits garantis par la Charte

22. Pour le Barreau, la première étape consiste à reconnaître que, dans notre société libre et démocratique basée sur la primauté du droit, tous les citoyens doivent avoir un accès égal aux tribunaux.

23. À ce stade, les parties ont le droit de revendiquer leurs droits et libertés garantis par la Charte¹⁸.

24. Il est toutefois du devoir du tribunal de rappeler que ces droits ne sont pas absolus et doivent coexister. En cas de conflits ou d'apparence de conflits, le tribunal doit tenter la conciliation des droits des parties.

ii) La conciliation : la démarche proposée par la Cour d'appel de l'Ontario

25. Le Barreau fait sien le résumé de la démarche présenté par le Procureur général de l'Ontario au paragraphe 59 de son Mémoire et souhaite ajouter certains commentaires.

26. À la première étape, il faut déterminer si la personne invoquant la liberté de religion pour lui permettre de témoigner en portant un niqab démontre que sa croyance est sincère ou

¹⁶ *Dagenais c. Société de Radio-Canada*, préc., note 11, par. 75; Voir également *R. c. Mills*, préc., note 10, par. 64, 72 à 74.

¹⁷ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, par. 22; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 14, par. 62.

¹⁸ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680.

qu'elle croit sincèrement à une pratique religieuse à cet effet¹⁹. Un voir-dire devrait être tenu et le témoin devrait avoir le droit de consulter un avocat. Il conviendrait de considérer, si le témoin croit sincèrement, en toute bonne foi, que sa croyance s'oppose à ce qu'elle puisse faire des exceptions, dont celle de pouvoir témoigner sans le port du niqab²⁰.

27. À la deuxième étape, le Barreau est également d'avis que le juge doit reconnaître le droit effectif au contre-interrogatoire. Dans notre système de droit accusatoire, le droit au contre-interrogatoire face-à-face d'un témoin en présence du juge et du jury permet d'évaluer sa crédibilité par son comportement et ses réactions. Ce n'est pas le seul élément disponible pour se prononcer sur la crédibilité, mais il peut être parfois l'un des plus importants :

Comme je l'ai indiqué précédemment, notre système accusatoire repose sur l'hypothèse voulant que le contre-interrogatoire représente le meilleur moyen de révéler les causes d'inexactitude ou de manque de fiabilité. C'est principalement en raison de l'incapacité de la vérifier de cette façon que la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible. Toutefois, le droit constitutionnel garanti par l'art. 7 de la *Charte* n'est pas en soi le droit de confronter ou contre-interroger des témoins opposés. Le processus judiciaire accusatoire, qui comprend le contre-interrogatoire, n'est que le moyen de parvenir à la fin recherchée. L'équité du procès, en tant que principe de justice fondamentale, est la fin qui doit être atteinte. L'équité du procès englobe plus que les droits de l'accusé. Bien qu'elle comprenne indubitablement le droit de présenter une défense pleine et entière, l'équité du procès doit aussi être évaluée à la lumière de préoccupations sociales plus globales : voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69-76. Dans le contexte d'un examen de l'admissibilité, l'une de ces préoccupations est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire permette de découvrir la vérité.

63 Une autre manière de satisfaire à l'exigence de fiabilité consiste à démontrer que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées. **Rappelons-nous que, dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve est de faire témoigner le déclarant sous serment devant le tribunal, tout en lui faisant subir un contre-interrogatoire minutieux. Cette méthode privilégiée n'est pas seulement un vestige de traditions passées. Elle demeure une méthode éprouvée et fiable, particulièrement lorsqu'il faut résoudre des questions de crédibilité.** C'est une chose de faire une déclaration préjudiciable à propos d'autrui dans un contexte où il se peut que cette déclaration n'ait pas vraiment d'importance; c'est une toute autre chose que le déclarant répète sa déclaration dans le cadre de procédures formelles où il doit en garantir la véracité et l'exactitude, être observé et entendu, et être appelé à l'expliquer ou à la défendre. Cette dernière situation, en plus de fournir un compte rendu exact de ce qu'a réellement dit le

¹⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 14, par. 46, 51 et 53.

²⁰ Dans certaines communautés et traditions musulmanes, les femmes témoignent sans leur niqab.; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 14, par. 42 et 43; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54 (CANLII), par. 68 à 70.

témoin, nous rassure beaucoup plus quant à la fiabilité de la déclaration. Toutefois, dans certains cas, il n'est pas possible de vérifier la preuve de la meilleure façon, mais les circonstances sont telles que le juge des faits sera néanmoins en mesure d'en vérifier suffisamment la véracité et l'exactitude. Là encore, le bon sens nous indique qu'il ne faudrait pas perdre l'avantage de cette preuve lorsqu'il existe d'autres façons adéquates de la vérifier.²¹

28. En conséquence, le juge doit soupeser tous les facteurs²² en cause afin de déterminer, pour chaque témoin si le port du niqab interfère de façon significative avec le contre-interrogatoire de la partie adverse.

29. À la troisième étape, le juge doit tenter de trouver un équilibre entre les droits des parties. Tout compromis constructif doit être discuté ouvertement avec les parties et le témoin²³. Les avocats doivent participer pleinement à cet exercice de conciliation.

30. À la quatrième étape, si la conciliation est impossible et qu'il apparaît au juge que le droit à une défense pleine et entière ne peut être garanti, il doit ordonner, de façon exceptionnelle, au témoin d'enlever le niqab pour témoigner²⁴.

iii) La décision finale

31. L'exercice de conciliation doit permettre de trouver un compromis constructif. Cependant, si le tribunal ordonne, de façon exceptionnelle, à la fin de l'exercice, au témoin d'enlever son niqab, le Procureur de la Couronne conserve la possibilité, à la demande de la plaignante ne souhaitant pas témoigner sans son niqab, de demander un arrêt des procédures. D'ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît cette hypothèse :

It would, of course, always be open to the Crown having regard to the complainant's desires to stay the prosecution rather than require the witness to testify without her niqab.²⁵

E. L'avocat doit jouer un rôle effectif pour favoriser l'accès à la justice et le respect de la primauté du droit

32. Le Barreau est entièrement en accord avec la Cour d'appel de l'Ontario lorsque celle-ci mentionne dans son arrêt que :

²¹ R. c. *Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787.

²² Arrêt Cour d'appel de l'Ontario, par. 57, 58, 59, 60.

²³ Id., par. 85 et 86.

²⁴ R. c. *Mills*, préc., note 10, par. 89.

²⁵ Arrêt Cour d'appel de l'Ontario, note en bas de page 9, p. 38.

[102] (...) I would hope, however, that if the individual rights recognized in the *Charter* are treated as something more than additional weapons in the lawyer's legal arsenal, the parties will engage in good faith efforts to reconcile competing interests and produce a satisfactory resolution that recognizes and respects both the accused's right to a fair trial and the witness's right to exercise her religious beliefs.

33. Au Québec, l'article 2 de la *Loi sur le Barreau*²⁶ énonce que « l'avocat exerce une fonction publique auprès du tribunal et qu'il collabore à l'administration de la justice ».

34. La qualité essentielle du rôle de l'avocat dans l'administration de la justice est le maintien du principe de la primauté du droit (« Rule of Law »)²⁷.

35. Les honorables LeBel et Fish résument ainsi le rôle de l'avocat dans l'arrêt *Sinclair*²⁸ :

[161] Mais, selon nous, le rôle de l'avocat dans l'administration de la justice criminelle, et dans le cadre de l'al. 10b), dépasse largement les limites de cette fonction. Notre opinion s'appuie sur ce que nous considérons comme une juste appréciation du rôle de l'avocat au sein du système de justice en général. Lié par son serment professionnel, par les règles régissant l'exercice de sa profession et par sa qualité d'officier de justice, **l'avocat doit veiller, même lorsqu'il les défend avec le zèle le plus intense, à ce que les intérêts de son client demeurent subordonnés à l'intérêt de la société et au règlement ordonné des différends juridiques** : voir *Fortin c. Chrétien*, [2001 CSC 45 \(CanLII\)](#), 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500.

[162] Notre Cour insiste depuis longtemps sur le rôle essentiel que les avocats « sont censés jouer dans l'administration de la justice et le maintien de la règle de droit dans la société canadienne » (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002 CSC 61 \(CanLII\)](#), 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 64, le juge LeBel, dissident, mais non sur ce point. Voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989 CanLII 2 \(CSC\)](#), [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, [2007 CSC 21 \(CanLII\)](#), 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 22.)

[163] Ce rôle ne diffère pas dans le contexte du droit criminel. Il demeure identique tant pour la défense de la personne accusée d'un crime que pour la représentation des propriétaires et des locataires, des conjoints qui se séparent ou divorcent, des employeurs et des employés, ainsi que pour toutes les personnes dont les droits ou intérêts opposés sont visés par un procès ou un examen juridique. Cependant, les obligations de l'avocat dépassent le cadre de celles qu'il assume envers son client et lui confèrent un rôle « essentielle[ment] au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité » (*Andrews*, p. 188).

²⁶ L.R.Q., c B-1.

²⁷ *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, préc., note 8, par. 22.

²⁸ *R. c. Sinclair*, [2010] 2 R.C.S. 310.

Loin d'avoir un effet néfaste sur l'administration de la justice criminelle, le rôle joué par les avocats favorise et même garantit une saine administration de la justice.

36. Le juge de première instance aurait dû permettre à l'appelante de consulter un avocat avant de commencer son interrogatoire sur ses croyances religieuses ou pratiques religieuses et sa volonté de témoigner avec le niqab²⁹.

37. Le juge de première instance doit pouvoir compter sur la collaboration complète et totale des avocats au dossier afin de concilier les droits garantis par la Charte par une approche visant à trouver des compromis constructifs³⁰.

PARTIE IV – LES FRAIS

38. Le Barreau ne réclame aucuns dépens et demande qu'aucuns dépens ne soient adjugés à son encontre.

PARTIE V – LES CONCLUSIONS

39. Le Barreau soutient que la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé une démarche de conciliation des droits des parties qui reconnaît que chaque cas est un cas d'espèce et qui se base sur une approche contextuelle permettant de trouver un compromis constructif. Il faut surtout éviter d'établir une règle absolue comme le propose l'Appelante.

40. Le Barreau sollicite une ordonnance l'autorisant à présenter, lors de l'audition du présent appel, une plaidoirie orale totalisant au plus 10 minutes afin d'exposer oralement cette position.

LE TOUT SOUMIS RESPECTUEUSEMENT.

Fait à Montréal, le 18 novembre 2011

**BCF S.E.N.C.R.L.
(M^e Babak Barin)**

**Le Barreau du Québec
(M^e Sylvie Champagne)**

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec

²⁹ Arrêt Cour d'appel de l'Ontario, par. 92.

³⁰ Id., par. 85, 86 87.

PARTIE VI – LES SOURCES

Législation

Paragraphe(s)

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.)], préambule2,7,12,13

Loi sur le Barreau, L.R.Q., c. B-133

Jurisprudence

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 14334

B.C.G.E.U. C. c. Colombie-Britannique (procureur général), [1988] 2 R.C.S. 2148,10

Bruker c. Marcovitz, 2007 CSC 54 (CANLII)26

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie, [2007] 1 R.C.S. 873, 2007 CSC 2111,34

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 83514,16,19

Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 6134

R. c. Crawford, [1995] 1 R.C.S. 85814

R. c. Khelawon, [2006] 2 R.C.S. 78727

R. c. La, [1997] 2 R.C.S. 68023

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 66814,16,19,30

R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 41123

R. c. Sinclair, [2010] 2 R.C.S. 31034

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 55115,20,26

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 67320

Doctrine

Paragraphe(s)

Frank Iacobucci, « Reconciling Rights in the Supreme Court of Canada's Approach to Competing Charter Rights » (2003) 20 S.C.L.R. (2d), p. 139

.....9