N.S. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen, M-d S. and M-l S. *Respondents*

and

Ontario Human Rights Commission, Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Muslim Canadian Congress, South Asian Legal Clinic of Ontario, Barreau du Québec, Canadian Civil Liberties Association, Women's Legal Education and Action Fund and Canadian Council on American-Islamic Relations *Interveners*

N.S. *Appelante*

c.

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

et

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

Indexed as: R. *v.* N.S.

2012 SCC 72

File No.: 33989.

2011: December 8; 2012: December 20.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

Répertorié : R. *c.* N.S.

2012 CSC 72

N^o du greffe : 33989.

2011 : 8 décembre; 2012 : 20 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Charter of Rights — Freedom of religion — Right to fair hearing — Right to make full answer and defence — Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether requiring witness to remove the niqab while testifying would interfere with her religious freedom — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness — Whether both rights could be accommodated to avoid conflict between them — If not, whether salutary effects of requiring the witness to remove niqab outweigh deleterious effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 7 and 11(d).

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

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

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — À l'enquête préliminaire dans un procès pour agression

trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness.

The accused, M-d S. and M-l S., stand charged with sexually assaulting N.S. N.S. was called by the Crown as a witness at the preliminary inquiry. N.S., who is a Muslim, indicated that for religious reasons she wished to testify wearing her niqab. The preliminary inquiry judge held a *voir dire*, concluded that N.S's religious belief was "not that strong" and ordered her to remove her niqab. On appeal, the Court of Appeal held that if the witness's freedom of religion and the accused's fair trial interests were both engaged on the facts and could not be reconciled, the witness may be ordered to remove the niqab, depending on the context. The Court of Appeal returned the matter to the preliminary inquiry judge. N.S. appealed.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed, and the matter remitted to the preliminary inquiry judge.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Fish and Cromwell JJ.: The issue is when, if ever, a witness who wears a niqab for religious reasons can be required to remove it while testifying. Two sets of *Charter* rights are potentially engaged — the witness's freedom of religion and the accused's fair trial rights, including the right to make full answer and defence. An extreme approach that would always require the witness to remove her niqab while testifying, or one that would never do so, is untenable. The answer lies in a just and proportionate balance between freedom of religion and trial fairness, based on the particular case before the court. A witness who for sincere religious reasons wishes to wear the niqab while testifying in a criminal proceeding will be required to remove it if (a) this is necessary to prevent a serious risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (b) the salutary effects of requiring her to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so.

Applying this framework involves answering four questions. First, would requiring the witness to remove the niqab while testifying interfere with her religious freedom? To rely on s. 2(*a*) of the *Charter*, N.S. must show that her wish to wear the niqab while testifying is based on a sincere religious belief. The preliminary

sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage — Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque grave pour l'équité du procès?

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

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

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

L'application de ce cadre d'analyse suppose que l'on réponde à quatre questions. Premièrement, le fait d'obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion? Pour se prévaloir de l'al. 2*a*) de la *Charte*, N.S. doit établir que sa volonté de porter le niqab pendant son témoignage est

inquiry judge concluded that N.S.'s beliefs were not sufficiently strong. However, at this stage the focus is on sincerity rather than strength of belief.

fondée sur une croyance religieuse sincère. Le juge présidant l'enquête préliminaire a conclu que la croyance religieuse de N.S. n'était pas assez forte. À cette étape toutefois, l'examen doit porter sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force.

The second question is: would permitting the witness to wear the niqab while testifying create a serious risk to trial fairness? There is a deeply rooted presumption in our legal system that seeing a witness's face is important to a fair trial, by enabling effective cross-examination and credibility assessment. The record before us has not shown this presumption to be unfounded or erroneous. However, whether being unable to see the witness's face threatens trial fairness in any particular case will depend on the evidence that the witness is to provide. Where evidence is uncontested, credibility assessment and cross-examination are not in issue. Therefore, being unable to see the witness's face will not impinge on trial fairness. If wearing the niqab poses no serious risk to trial fairness, a witness who wishes to wear it for sincere religious reasons may do so.

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

If both freedom of religion and trial fairness are engaged on the facts, a third question must be answered: is there a way to accommodate both rights and avoid the conflict between them? The judge must consider whether there are reasonably available alternative measures that would conform to the witness's religious convictions while still preventing a serious risk to trial fairness.

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

If no accommodation is possible, then a fourth question must be answered: do the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so? Deleterious effects include the harm done by limiting the witness's sincerely held religious practice. The judge should consider the importance of the religious practice to the witness, the degree of state interference with that practice, and the actual situation in the courtroom — such as the people present and any measures to limit facial exposure. The judge should also consider broader societal harms, such as discouraging niqab-wearing women from reporting offences and participating in the justice system. These deleterious effects must be weighed against the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab. Salutary effects include preventing harm to the fair trial interest of the accused and safeguarding the repute of the administration of justice. When assessing

Si aucun accommodement n'est possible, il faut répondre à une quatrième question : les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables? Le préjudice causé par la restriction de la pratique religieuse sincère du témoin constitue un des effets préjudiciables. Le juge doit examiner l'importance que la personne accorde à sa pratique religieuse, la mesure dans laquelle l'État intervient dans cette pratique ainsi que la situation dans la salle d'audience — les personnes présentes et les mesures en place pour limiter la visibilité du visage. Le juge doit également prendre en considération l'ensemble des préjudices causés à la société, par exemple décourager les femmes qui portent le niqab de signaler les infractions et de participer au système de justice. Les effets préjudiciables de l'obligation d'enlever le niqab doivent être évalués en fonction de ses effets bénéfiques. Ces derniers incluent

potential harm to the accused's fair trial interest, the judge should consider whether the witness's evidence is peripheral or central to the case, the extent to which effective cross-examination and credibility assessment of the witness are central to the case, and the nature of the proceedings. Where the liberty of the accused is at stake, the witness's evidence central and her credibility vital, the possibility of a wrongful conviction must weigh heavily in the balance. The judge must assess all these factors and determine whether the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so.

la prévention du préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable et la préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice. Dans son examen du préjudice possible au droit de l'accusé à un procès équitable, le juge devrait déterminer si la déposition est essentielle à la poursuite ou si elle porte sur des points secondaires, la mesure dans laquelle l'efficacité du contre-interrogatoire du témoin et l'appréciation de la crédibilité de son témoignage est cruciale dans l'affaire, ainsi que la nature de l'instance. Lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, que la déposition du témoin est capitale pour la poursuite et que sa crédibilité est cruciale, le risque d'une erreur judiciaire doit peser lourd dans la balance. Le juge doit évaluer tous ces facteurs et décider si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab pour témoigner sont plus importants que ses effets préjudiciables.

A clear rule that would always, or one that would never, permit a witness to wear the niqab while testifying cannot be sustained. Always permitting a witness to wear the niqab would offer no protection for the accused's fair trial interest and the state's interest in maintaining public confidence in the administration of justice. However, never permitting a witness to testify wearing a niqab would not comport with the fundamental premise underlying the *Charter* that rights should be limited only to the extent that the limits are shown to be justifiable. The need to accommodate and balance sincerely held religious beliefs against other interests is deeply entrenched in Canadian law.

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

Competing rights claims should be reconciled through accommodation if possible, and if a conflict cannot be avoided, through case-by-case balancing. The *Charter*, which protects both freedom of religion and trial fairness, demands no less.

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

Per LeBel and Rothstein JJ.: This appeal illustrates the tension and changes caused by the rapid evolution of contemporary Canadian society and by the growing presence in Canada of new cultures, religions, traditions and social practices. This case is not purely one of conflict and reconciliation between a religious right and the protection of the right of the accused to make full answer and defence, but engages basic values of the Canadian criminal justice system. The *Charter* protects freedom of religion in express words at s. 2(*a*). But fundamental too are the rights of the accused to a fair trial, to make full answer and defence to the charges brought against him, to benefit from the constitutional presumption of innocence and to avert wrongful

Les juges LeBel et Rothstein : Le présent pourvoi illustre les tensions et les changements que suscitent l'évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une pure question de conflit et de conciliation entre un droit religieux et la protection du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière; le litige fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale. La *Charte* garantit expressément la liberté de religion en son al. 2*a*). Par contre, le droit de l'accusé à un procès équitable, son droit d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui, de bénéficier de la

convictions. Since cross-examination is a necessary tool for the exercise of the right to make full answer and defence, the consequences of restrictions on that right weigh more heavily on the accused, and the balancing process must work in his or her favour. A defence that is unduly and improperly constrained might impact on the determination of the guilt or innocence of the accused.

présomption d'innocence garantie par la Constitution et la nécessité d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées constituent aussi des considérations fondamentales. Puisque le contre-interrogatoire constitue un outil nécessaire à l'exercice du droit de présenter une défense pleine et entière, les restrictions de ce droit sont plus lourdes de conséquences pour l'accusé, et la mise en balance doit favoriser ce dernier. Une défense indûment et irrégulièrement restreinte risque d'avoir une incidence sur l'appréciation de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

The Constitution requires an openness to new differences that appear within Canada, but also an acceptance of the principle that it remains connected with the roots of our contemporary democratic society. A system of open and independent courts is a core component of a democratic state, ruled by law and a fundamental Canadian value. From this broader constitutional perspective, the trial becomes an act of communication with the public at large. The public must be able to see how the justice system works. Wearing a niqab in the courtroom does not facilitate acts of communication. Rather, it shields the witness from interacting fully with the parties, their counsel, the judge and the jurors. Wearing the niqab is also incompatible with the rights of the accused, the nature of the Canadian public adversarial trials, and with the constitutional values of openness and religious neutrality in contemporary democratic, but diverse, Canada. Nor should wearing a niqab be dependent on the nature or importance of the evidence, as this would only add a new layer of complexity to the trial process. A clear rule that niqabs may not be worn at any stage of the criminal trial would be consistent with the principle of public openness of the trial process and would safeguard the integrity of that process as one of communication.

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

Per Abella J. (dissenting): The harmful effects of requiring a witness to remove her niqab, with the result that she will likely not testify, bring charges in the first place, or, if she is the accused, be unable to testify in her own defence, is a significantly more harmful consequence than the accused not being able to see a witness's whole face. Unless the witness's face is directly relevant to the case, such as where her identity is in issue, she should not be required to remove her niqab.

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

There is no doubt that the assessment of a witness's demeanour is easier if it is based on being able to

Il ne fait aucun doute qu'on peut évaluer plus facilement le comportement d'un témoin lorsqu'on est

scrutinize the whole demeanour package — face, body language, or voice. That, however, is different from concluding that unless the entire package is available for scrutiny, a witness's credibility cannot adequately be weighed. Courts regularly accept the testimony of witnesses whose demeanour can only be partially observed and there are many examples of courts accepting evidence from witnesses who are unable to testify under ideal circumstances because of visual, oral, or aural impediments. The use of an interpreter, for example, may well have an impact on how the witness's demeanour is understood, but it is beyond dispute that interpreters render the assessment of demeanour neither impossible nor impracticable. A witness may also have physical or medical limitations that affect a judge's or lawyer's ability to assess demeanour. A stroke may interfere with facial expressions; an illness may affect body movements; and a speech impairment may affect the manner of speaking. All of these are departures from the demeanour ideal, yet none has ever been held to disqualify the witness from giving his or her evidence on the grounds that the accused's fair trial rights are impaired. Witnesses who wear niqabs should not be treated any differently.

à même d'en examiner l'ensemble des éléments — le visage, le langage corporel ou la voix. Cela ne revient cependant pas à conclure qu'il est impossible de bien apprécier la crédibilité d'un témoin si l'on ne peut pas observer l'ensemble des éléments de son comportement. Les tribunaux acceptent régulièrement les dépositions des témoins dont ils ne peuvent observer le comportement que partiellement et il existe nombre d'exemples où les tribunaux acceptent les dépositions de personnes qui ne peuvent témoigner dans des conditions idéales à cause d'un handicap visuel, oral ou auditif. Le recours à un interprète, par exemple, peut fort bien avoir une incidence sur l'appréciation du comportement du témoin, mais il ne fait aucun doute que les interprètes ne rendent ni impossible, ni impraticable cette appréciation. Il arrive aussi que la déficience physique ou les restrictions médicales du témoin influent sur la capacité du juge ou des avocats d'évaluer son comportement. Un accident vasculaire cérébral peut nuire à l'expression du visage; une maladie peut avoir une incidence sur les mouvements du corps; et un trouble de la parole peut influer sur l'expression orale. Tous ces problèmes constituent des écarts par rapport aux circonstances idéales pour l'évaluation du comportement, mais aucun d'entre eux n'a été considéré comme rendant le témoin inhabile à témoigner au motif qu'ils portent atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Les personnes qui portent un niqab ne devraient pas être traitées différemment.

Since not being able to see a witness's whole face is only a partial interference with what is, in any event, only one part of an imprecise measuring tool of credibility, there is no reason to demand full "demeanour access" where religious belief prevents it. A witness wearing a niqab may still express herself through her eyes, body language, and gestures. Moreover, the niqab has no effect on the witness's verbal testimony, including the tone and inflection of her voice, the cadence of her speech, or, most significantly, the substance of the answers she gives. Defence counsel still has the opportunity to rigorously cross-examine the witness.

Puisque l'impossibilité d'observer tout le visage d'un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue, de toute façon, un simple élément d'un outil imprécis d'appréciation de la crédibilité, rien ne justifie que l'on exige que tout le comportement puisse être observé dans les cas où une croyance religieuse s'y oppose. Le témoin portant un niqab peut néanmoins s'exprimer par son regard, son langage corporel et ses gestes. De plus, le niqab n'a aucune incidence sur la déposition orale du témoin, y compris le ton et l'inflexion de sa voix, le rythme de ses propos ou, plus important encore, la teneur de ses réponses. Il est toujours loisible à l'avocat de la défense de contre-interroger rigoureusement le témoin.

A witness who is not permitted to wear her niqab while testifying is prevented from being able to act in accordance with her religious beliefs. This has the effect of forcing her to choose between her religious beliefs and her ability to participate in the justice system. As a result, complainants who sincerely believe that their religion requires them to wear the niqab in public, may choose not to bring charges for crimes they allege have been committed against them, or, more generally, may resist being a witness in someone else's

Une femme à qui l'on interdit de porter son niqab au cours de sa déposition ne peut pas se conformer à ses croyances religieuses. Cette situation a pour effet d'obliger un témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice. En conséquence, les plaignantes qui croient sincèrement que leur religion les oblige à porter le niqab en public peuvent choisir de ne pas porter d'accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit ou, de façon plus générale, de ne pas

trial. Where the witness is the accused, she will be unable to give evidence in her own defence. The majority's conclusion that being unable to see the witness's face is acceptable from a fair trial perspective if the evidence is "uncontested", essentially means that sexual assault complainants, whose evidence will inevitably be contested, will be forced to choose between laying a complaint and wearing a niqab, which may be no meaningful choice at all.

accepter de témoigner au procès d'une autre personne. Si le témoin est l'accusée, elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense. La conclusion de la majorité que l'impossibilité de voir le visage du témoin est acceptable du point de vue de l'équité du procès si le témoignage « n'est pas contesté » force essentiellement la plaignante dans un cas d'agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, à choisir entre le dépôt d'une plainte et le port du niqab, ce qui ne constitue peut-être pas du tout un véritable choix.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

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

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Canadian Broadcasting*

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

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

Citée par le juge LeBel

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

Corp. v. New Brunswick (Attorney General), [1996] 3 S.C.R. 480.

By Abella J. (dissenting)

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

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 7, 11(*d*), 14, 27.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486.2(1), 709, 713, 714.3, 714.4(*b*), 715.

Authors Cited

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

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

Canadian Judicial Council. Model Jury Instructions, Part I, Preliminary Instructions, 4.11 Assessing Testimony, updated March 2011 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_en.asp#_Toc287950397).

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

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

Weinrib, Sara. "An Exemption for Sincere Believers: The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*" (2011), 56 *McGill L.J.* 719.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Sharpe

c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 480.

Citée par la juge Abella (dissidente)

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

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 7, 11*d*), 14, 27.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2(1), 709, 713, 714.3, 714.4, 715.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5.

Doctrine et autres documents cités

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

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

Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie I, Directives préliminaires, 4.11 Évaluation de la preuve par témoin, mise à jour mars 2011 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_fr.asp#_Toc289419027).

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

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

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Sharpe),

JJ.A.), 2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161, 326 D.L.R. (4th) 523, 269 O.A.C. 306, 262 C.C.C. (3d) 4, 80 C.R. (6th) 84, 220 C.R.R. (2d) 146, [2010] O.J. No. 4306 (QL), 2010 CarswellOnt 7640, setting aside in part a decision of Marrocco J. (2009), 95 O.R. (3d) 735, 191 C.R.R. (2d) 228, 2009 CanLII 21203, [2009] O.J. No. 1766 (QL), 2009 CarswellOnt 2268, quashing the order of Weisman J. of the Ontario Court of Justice, dated October 16, 2008. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

David B. Butt, for the appellant.

Elise Nakelsky and *Benita Wassenaar*, for the respondent Her Majesty The Queen.

Douglas Usher and *Michael Dineen*, for the respondent M-d S.

No one appeared for the respondent M-l S.

Written submissions only by *Anthony D. Griffin* and *Reema Khawja*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Rahool P. Agarwal, *Michael Kotrly*, *Vasuda Sinha* and *Brydie Bethell*, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Frank Addario and *Emma Phillips*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Tyler Hodgson, *Heather Pessione* and *Ewa Krajewska*, for the intervener the Muslim Canadian Congress.

Written submissions only by *Ranjan K. Agarwal* and *Daniel T. Holden*, for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario.

Written submissions only by *Babak Barin* and *Sylvie Champagne*, for the intervener Barreau du Québec.

Written submissions only by *Bradley E. Berg* and *Rahat Godil*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Susan M. Chapman* and *Joanna Birenbaum*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

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

David B. Butt, pour l'appelante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Faisal Bhabha, for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Fish and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] How should the state respond to a witness whose sincerely held religious belief requires her to wear a niqab that covers her face, except for her eyes, while testifying in a criminal proceeding? One response is to say she must always remove her niqab on the ground that the courtroom is a neutral space where religion has no place. Another response is to say the justice system should respect the witness's freedom of religion and always permit her to testify with the niqab on. In my view, both of these extremes must be rejected in favour of a third option: allowing the witness to testify with her face covered unless this unjustifiably impinges on the accused's fair trial rights.

[2] A secular response that requires witnesses to park their religion at the courtroom door is inconsistent with the jurisprudence and Canadian tradition, and limits freedom of religion where no limit can be justified. On the other hand, a response that says a witness can always testify with her face covered may render a trial unfair and lead to wrongful conviction. What is required is an approach that balances the vital rights protecting freedom of religion and trial fairness when they conflict. The long-standing practice in Canadian courts is to respect and accommodate the religious convictions of witnesses, unless they pose a significant or serious risk to a fair trial. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects both freedom of religion and trial fairness, demands no less.

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

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Que devrait répondre l'État à une personne appelée à témoigner dont les croyances religieuses sincères l'obligent à porter, pendant son témoignage dans une instance criminelle, un niqab qui voile son visage, sauf les yeux? Il est possible de répondre qu'elle doit toujours enlever son niqab, puisque la salle d'audience est un espace neutre où la religion n'a pas sa place. Il est aussi possible de répondre que le système de justice devrait respecter la liberté de religion du témoin et toujours lui permettre de témoigner en portant le niqab. À mon avis, ces deux extrêmes doivent être rejetés en faveur d'une troisième solution : permettre au témoin de déposer à visage voilé à moins que cela ne porte atteinte d'une façon injustifiée au droit de l'accusé à un procès équitable.

[2] Une réponse laïque obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l'entrée de la salle d'audience est incompatible avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n'est justifiable. Par contre, répondre que le témoin peut toujours déposer à visage voilé pourrait rendre un procès inéquitable et entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée. Il faut plutôt adopter une démarche qui, en cas de conflit, met en équilibre les droits fondamentaux protégeant la liberté de religion et l'équité du procès. Les tribunaux canadiens ont depuis longtemps pour pratique de respecter les convictions religieuses des témoins et de s'y adapter, à moins que ces convictions ne posent un risque considérable ou sérieux pour l'équité du procès. La *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège à la fois la liberté de religion et le droit à un procès équitable, n'exige rien de moins.

[3] For the reasons that follow, I conclude that a witness who for sincere religious reasons wishes to wear the niqab while testifying in a criminal proceeding will be required to remove it if:

(a) requiring the witness to remove the niqab is necessary to prevent a serious risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; *and*

(b) the salutary effects of requiring her to remove the niqab, including the effects on trial fairness, outweigh the deleterious effects of doing so, including the effects on freedom of religion.

II. The Background

[4] The facts may be briefly stated. M-d S. and M-l S. stand charged with having sexually assaulted N.S. The accused are N.S.'s cousin and uncle, respectively. The prosecution called N.S. as a witness at the preliminary inquiry. N.S., who is a Muslim, wished to testify wearing her niqab. M-d S. and his co-accused, M-l S., sought an order requiring N.S. to remove her niqab when testifying. The preliminary inquiry judge held a *voir dire*, during which N.S. wore her niqab. N.S. testified that her religious belief required her to wear a niqab in public where men (other than certain close family members) might see her. She admitted that she had removed her niqab for the photo on her driver's licence, which was taken by a female photographer, and that, if required, she would remove it for a security check at a border crossing. The judge concluded that N.S.'s religious belief was "not that strong" and ordered her to remove her niqab. N.S. objected. The preliminary inquiry was adjourned. N.S. applied to the Superior Court of Justice to quash the order of the preliminary inquiry judge and to permit her to testify wearing the niqab.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une instance criminelle sera obligée de l'enlever si les deux conditions suivantes sont respectées :

a) l'obligation qui lui est faite d'enlever le niqab est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion.

II. Le contexte

[4] Les faits peuvent être résumés en quelques mots. M-d S. et M-l S. sont accusés d'agression sexuelle contre N.S. Les accusés sont, respectivement, le cousin et l'oncle de N.S. La poursuite a assigné N.S. à témoigner à l'enquête préliminaire. N.S., qui est musulmane, voulait témoigner en portant son niqab. M-d S. et son co-accusé M-l S. ont demandé une ordonnance obligeant N.S. à enlever son niqab pour faire sa déposition. Le juge présidant l'enquête préliminaire a tenu un voir-dire au cours duquel N.S. portait son niqab. N.S. a affirmé que sa conviction religieuse l'obligeait à porter un niqab en public, lorsque des hommes (autres que certains membres de sa famille proche) peuvent la voir. Elle a admis avoir enlevé son niqab pour la photo de son permis de conduire, qui a été prise par une femme, et qu'elle l'enlèverait aussi en cas de besoin pour un contrôle de sécurité à un poste frontalier. Le juge a conclu que la conviction religieuse de N.S. n'était [TRADUCTION] « pas tellement forte » et lui a ordonné d'enlever son niqab. N.S. s'y est opposée. L'enquête préliminaire a été ajournée. N.S. a demandé à la cour supérieure d'annuler l'ordonnance du juge présidant l'enquête préliminaire et de lui permettre de porter le niqab pendant son témoignage.

[5] At the Superior Court of Justice, Marrocco J. quashed the order that N.S. testify without her niqab ((2009), 95 O.R. (3d) 735). He held that N.S. should be allowed to testify wearing a niqab if she asserted a sincere religious reason for doing so, but that the preliminary inquiry judge would have the option to exclude her evidence if the niqab were found to have prevented true cross-examination. N.S. appealed, and M-d S. cross-appealed.

[6] The Court of Appeal, *per* Doherty J.A., held that a judge faced with a request to testify wearing a niqab should determine whether the request was the result of a sincere religious belief, and if so, whether it impinged on the accused's fair trial rights (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). If the rights of the witness and accused could not be reconciled by adapting court procedures to accommodate the religious practice, the accused's fair trial interest may require that the witness be ordered to remove her niqab. This would depend on whether the credibility of the witness was in issue, how much the niqab interfered with demeanour assessment, whether the trial was a jury trial or a judge-alone trial, the stage of the proceedings, the nature of the evidence to be given (i.e. is it central or peripheral, controversial or uncontested), the nature of the defence to be advanced, and other constitutional values and societal interests. The Court of Appeal returned the matter to the preliminary inquiry judge, to be dealt with in accordance with its directives. N.S. appealed.

III. The Issues

[7] The issue is when, if ever, a witness who wears a niqab for religious reasons can be required to remove it while testifying. Two sets of *Charter* rights are potentially engaged — the witness's freedom of religion (protected under s. 2(*a*)) and the accused's fair trial rights, including the right to make full answer and defence (protected under ss. 7 and 11(*d*)). This Court set out the framework

[5] Le juge Marrocco, de la Cour supérieure de justice, a annulé l'ordonnance enjoignant à N.S. de témoigner sans porter son niqab ((2009), 95 O.R. (3d) 735). Il a conclu que N.S. devrait pouvoir témoigner en portant un niqab si elle invoque des motifs religieux sincères à l'appui, mais que le juge présidant l'enquête préliminaire pourrait exclure son témoignage s'il estimait que le port du niqab empêcherait un véritable contre-interrogatoire. N.S. a interjeté appel de cette décision et M-d S. a formé un appel incident.

[6] Le juge Doherty de la Cour d'appel a conclu que le juge saisi d'une demande visant à permettre à une personne de témoigner en portant un niqab devrait déterminer si cette demande résulte d'une croyance religieuse sincère et, dans l'affirmative, si elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). S'il est impossible de concilier les droits du témoin et ceux de l'accusé en adaptant les procédures judiciaires pour qu'elles respectent la pratique religieuse, le droit de l'accusé à un procès équitable peut exiger que la personne appelée à témoigner soit tenue d'enlever son niqab. Il faut déterminer si la crédibilité du témoin est en cause, dans quelle mesure le port du niqab entrave l'appréciation du comportement, s'il s'agit d'un procès par jury ou devant un juge seul, l'étape de l'instance, la nature du témoignage (c.-à-d. s'il s'agit d'un témoignage principal ou secondaire, controversé ou non contesté), la nature des moyens de défense invoqués, ainsi que d'autres valeurs constitutionnelles et intérêts de la société. La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge présidant l'enquête préliminaire pour qu'il la tranche selon ses directives. N.S. a fait appel de cette décision.

III. La question en litige

[7] Il s'agit de déterminer dans quel cas, s'il en est, la personne qui porte un niqab pour des motifs religieux peut être requise de l'enlever pendant son témoignage. Deux catégories de droits garantis par la *Charte* sont susceptibles d'entrer en jeu — la liberté de religion du témoin (protégée par l'al. 2*a*)) et le droit de l'accusé à un procès équitable, y compris le droit de présenter une défense pleine

for identifying and resolving rights conflicts that arise at common law in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. This approach was further refined in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. The framework was developed in the context of publication bans, but its principles have broader application.

[8] The first task under a *Dagenais*/*Mentuck*-type inquiry is to determine whether, in the case at hand, allowing the witness to testify in a niqab is necessary to protect her freedom of religion. The second task is to determine whether requiring the witness to testify without the niqab is necessary in order to protect the fairness of the trial. This involves considering whether there are alternative measures for protecting trial fairness that would also allow the witness to exercise her religious practice. Finally, if there is a true conflict that cannot be avoided, it is necessary to assess the competing harms and determine whether the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab (for example, reducing the risk of a wrongful conviction) outweigh the deleterious effects of doing so (for example, the harm from interfering with the witness's sincerely held religious belief): see *Dagenais*, at p. 878; *Mentuck*, at para. 32.

[9] Applying this framework involves answering four questions:

1. Would requiring the witness to remove the niqab while testifying interfere with her religious freedom?

2. Would permitting the witness to wear the niqab while testifying create a serious risk to trial fairness?

3. Is there a way to accommodate both rights and avoid the conflict between them?

4. If no accommodation is possible, do the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so?

et entière (protégés par l'art. 7 et l'al. 11*d*)). Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la Cour a établi le cadre d'analyse permettant de cerner et de résoudre les conflits opposant des droits en common law. La démarche a été précisée dans *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Le cadre d'analyse a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, mais ses principes sont d'application plus large.

[8] La première étape de l'analyse fondée sur les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* consiste à déterminer s'il est nécessaire en l'espèce d'autoriser le témoin à déposer en portant un niqab pour protéger sa liberté de religion. La deuxième étape consiste à déterminer s'il est nécessaire d'exiger du témoin qu'elle dépose sans porter le niqab pour assurer l'équité du procès. Il faut pour cela se demander s'il existe d'autres moyens d'assurer l'équité du procès tout en permettant au témoin d'exercer sa pratique religieuse. Enfin, en présence d'un véritable conflit qui ne peut être évité, il est nécessaire d'examiner les préjudices et de déterminer si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer son niqab (par exemple, atténuer le risque de déclaration de culpabilité injustifiée) sont plus importants que ses effets préjudiciables (par exemple, porter atteinte à la croyance religieuse sincère du témoin) : voir *Dagenais*, p. 878; *Mentuck*, par. 32.

[9] L'application de ce cadre d'analyse suppose que l'on réponde à quatre questions :

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

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

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

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

IV. Would Requiring the Witness to Remove the Niqab While Testifying Interfere With Her Religious Freedom?

[10] N.S. bases her claim to wear a niqab while testifying on the guarantee of freedom of religion in s. 2(*a*) of the *Charter*:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (*a*) freedom of conscience and religion;

[11] In order to rely on s. 2(*a*), she must show that her wish to wear the niqab in court is based on a sincere religious belief: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551. The issue at this stage is whether N.S. *sincerely believes* that her religion requires her to wear a niqab in the presence of men who are not her relatives, including while testifying in court.

[12] The preliminary inquiry judge failed to conduct an adequate inquiry into whether N.S.'s refusal to remove her niqab was based on a sincere religious belief. Based on the fact that N.S. removed the niqab for her driver's licence photo and said she would do so for a security check, the preliminary inquiry judge seems to have concluded that her beliefs were not sufficiently "strong".

[13] This was not an appropriate determination of whether N.S. has a *prima facie* religious claim. First, the question of whether she has a claim focuses on sincerity of belief rather than its strength. While, as I will discuss, the strength of a claimant's religious belief may be relevant in balancing it against the accused's fair trial rights, the belief need only be sincere in order for it to receive protection. Second, inconsistent adherence to a religious practice may suggest lack of sincere belief, but it does not necessarily do so. A sincere believer may occasionally lapse, her beliefs may change over time or her belief may permit exceptions to the practice in particular situations. Departures from the practice in the past should also be viewed in context; a witness should not be denied the right to raise s. 2(*a*) merely

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

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

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
>
> *a*) liberté de conscience et de religion;

[11] Pour se prévaloir de l'al. 2*a*), N.S. doit établir que sa volonté de porter le niqab en cour est fondée sur une croyance religieuse sincère : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551. Il s'agit, à ce stade, de déterminer si N.S. *croit sincèrement* que sa religion l'oblige à porter un niqab en présence d'hommes qui ne sont pas des membres de sa famille, et notamment pendant son témoignage.

[12] Le juge présidant l'enquête préliminaire n'a pas examiné adéquatement la question de savoir si le refus de N.S. d'enlever son niqab était fondé sur une croyance religieuse sincère. Vu qu'elle a enlevé le niqab pour la photo de son permis de conduire et affirmé qu'elle le ferait aussi pour un contrôle de sécurité, le juge présidant l'enquête préliminaire semble avoir conclu que la croyance religieuse de N.S. n'était pas assez [TRADUCTION] « forte ».

[13] Ce n'était pas là une façon appropriée de statuer sur la question de savoir si N.S. a établi *prima facie* un droit religieux. Premièrement, la question de savoir si elle a un droit porte sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force. Comme je l'expliquerai plus loin, bien que la force d'une croyance religieuse du demandeur puisse être pertinente à l'étape de la mise en balance de cette croyance avec le droit de l'accusé à un procès équitable, il suffit que la croyance soit sincère pour conclure qu'elle est protégée. Deuxièmement, l'observance irrégulière d'une pratique religieuse peut laisser croire à l'absence d'une croyance sincère, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Il est possible qu'un croyant sincère s'écarte à l'occasion de la pratique, que ses convictions changent au fil du temps ou

because she has made what seemed to be a compromise in the past in order to participate in some facet of society. The preliminary inquiry judge did not explore these possibilities. I therefore agree with the Court of Appeal that the matter must be returned to the preliminary inquiry judge for full consideration of whether N.S.'s desire to wear a niqab is based on sincere religious belief.

que ses convictions permettent des exceptions à la pratique dans des cas particuliers. Les écarts antérieurs à la pratique devraient aussi être examinés dans leur contexte; un témoin ne devrait pas être privé du droit d'invoquer l'al. 2*a*) simplement parce qu'il a fait ce qui semblait être un compromis dans le passé pour participer à un aspect de la vie en société. Le juge présidant l'enquête préliminaire n'a pas examiné ces possibilités. Je conviens donc avec la Cour d'appel qu'il faut renvoyer l'affaire au juge présidant l'enquête préliminaire pour qu'il procède à un examen complet de la question de savoir si la volonté de N.S. de porter un niqab est fondée sur une croyance religieuse sincère.

[14] The balance of my reasons proceeds on the assumption that N.S. has established a sincere religious belief that she must wear a niqab while testifying in a public criminal proceeding. In such circumstances, can the judge order that the niqab be removed on the basis that it will adversely affect the accused's fair trial interests?

[14] Je tiens pour acquis, dans le reste de mes motifs, que N.S. a établi l'existence d'une croyance religieuse sincère qu'elle est tenue de porter le niqab lors du témoignage présenté au cours d'une instance criminelle publique. Dans de telles circonstances, le juge peut-il ordonner que le niqab soit enlevé au motif que son port nuirait au droit de l'accusé à un procès équitable?

V. Would Permitting the Witness to Wear the Niqab While Testifying Create a Serious Risk to Trial Fairness?

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

[15] M-d S. submits that permitting N.S. to wear the niqab while testifying would infringe his fair trial rights. Both ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* protect an accused's right to a fair trial and to make full answer and defence. Section 11(*d*) of the *Charter* states:

> **11.** Any person charged with an offence has the right
>
> . . .
>
> (*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

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

> **11.** Tout inculpé a le droit :
>
> . . .
>
> *d*) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

The right to a fair trial in s. 11(*d*) encompasses a right to make full answer and defence: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 69. More broadly, s. 7

Le droit à un procès équitable englobe un droit de présenter une défense pleine et entière : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69. De manière

of the *Charter* provides that a person cannot be deprived of his liberty except "in accordance with the principles of fundamental justice". Those principles include the right to a fair trial and to make full answer and defence. The principles of fundamental justice in s. 7 and the requirements of s. 11(*d*) are "inextricably intertwined": *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 95, citing *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603.

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

[16] M-d S. argues that allowing N.S. to testify with her face covered by a niqab denies his fair trial rights in two ways: first, by preventing effective cross-examination; and second, by interfering with the ability of the trier of fact (judge or jury) to assess N.S.'s credibility.

[16] M-d S. plaide que le fait d'autoriser N.S. à déposer à visage voilé par un niqab le prive de son droit à un procès équitable de deux façons : premièrement, en empêchant la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire efficace et, deuxièmement, en faisant obstacle à la capacité du juge des faits (juge ou jury) d'apprécier la crédibilité de N.S.

[17] We have no expert evidence in this case on the importance of seeing a witness's face to effective cross-examination and accurate assessment of a witness's credibility. All we have are arguments and several legal and social science articles submitted by the parties as authorities.

[17] En l'espèce, aucun expert n'a témoigné au sujet de l'importance de voir le visage du témoin pour la contre-interroger efficacement et apprécier exactement sa crédibilité. Tout ce dont nous disposons, ce sont des arguments ainsi que plusieurs articles juridiques et de sciences sociales que les parties ont présentés à l'appui.

[18] M-d S. and the Crown argue that the link is clear. Communication involves not only words, but facial cues. A facial gesture may reveal uncertainty or deception. The cross-examiner may pick up on non-verbal cues and use them to uncover the truth. Credibility assessment is equally dependent not only on what a witness says, but on how she says it. Effective cross-examination and accurate credibility assessment are central to a fair trial. It follows, they argue, that permitting a witness to wear a niqab while testifying may deny an accused's fair trial rights.

[18] M-d S. et le ministère public affirment que le lien est clair. La communication fait intervenir non seulement des mots, mais aussi l'expression du visage, qui peut être révélatrice d'incertitude ou de tromperie. Le contre-interrogateur peut déceler des signes non verbaux et s'en servir pour découvrir la vérité. L'appréciation de la crédibilité est tributaire des propos du témoin, mais elle l'est tout autant de la façon dont il les tient. Le contre-interrogatoire efficace et l'appréciation exacte de la crédibilité sont essentiels à la tenue d'un procès équitable. Il s'ensuit, selon M-d. S. et le ministère public, que le fait de permettre à la personne appelée à témoigner de porter un niqab pendant son témoignage risque de priver l'accusé du droit à un procès équitable.

[19] N.S. and supporting interveners, on the other hand, argue that the importance of seeing a witness's face has been greatly exaggerated. They submit that untrained individuals cannot use facial expressions to detect deception. Moreover, to the

[19] N.S. et les intervenants qui l'appuient soutiennent, par contre, que l'importance qu'il y a à voir le visage du témoin a été grandement exagérée. Selon eux, les personnes n'ayant aucune formation en la matière ne peuvent pas déceler la tromperie

extent that non-verbal cues are useful at all, a niqab-wearing witness's eyes, tone of voice and cadence of speech remain available to the cross-examiner and trier of fact.

dans l'expression du visage. De plus, à supposer que les signes non verbaux soient d'une utilité quelconque, le contre-interrogateur et le juge des faits peuvent toujours voir le regard du témoin qui porte un niqab, et entendre le ton et l'inflexion de sa voix.

[20] The record sheds little light on the question of whether seeing a witness's face is important to effective cross-examination and credibility assessment and hence to trial fairness. The only evidence in the record is a four-page unpublished review article suggesting that untrained individuals cannot accurately detect lies based on the speaker's facial cues. This material was not tendered through an expert available for cross-examination. Interveners have submitted articles arguing for and against a connection, but they are not part of the record and not supported by expert witnesses, and so are more rhetorical than factual.

[20] Le dossier jette peu de lumière sur la question de savoir si le fait de voir le visage du témoin contribue de façon importante à l'efficacité du contre-interrogatoire et à l'appréciation de la crédibilité et, partant, à l'équité du procès. Le seul élément de preuve au dossier à ce sujet est un article non publié de quatre pages selon lequel les personnes n'ayant aucune formation en la matière ne peuvent déceler avec exactitude le mensonge dans l'expression du visage de l'interlocuteur. Le document n'a pas été attesté par un expert qui aurait pu être contre-interrogé. Les intervenants ont présenté des articles qui font état de l'existence ou de l'inexistence d'un lien, mais ces articles ne font pas partie du dossier et ne sont pas étayés par des témoins experts. Ils participent donc davantage de la rhétorique que des faits.

[21] This much, however, can be said. The common law, supported by provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and judicial pronouncements, proceeds on the basis that the ability to see a witness's face is an important feature of a fair trial. While not conclusive, in the absence of negating evidence this common law assumption cannot be disregarded lightly.

[21] On peut toutefois se permettre d'affirmer que la common law, à laquelle s'ajoutent les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et la jurisprudence, part du principe que la possibilité de voir le visage du témoin constitue une caractéristique importante d'un procès équitable. Bien qu'elle ne soit pas concluante, en l'absence d'une preuve contraire, cette présomption de la common law ne peut être écartée à la légère.

[22] As a general rule, witnesses in common law criminal courts are required to testify in open court, with their faces visible to counsel, the judge and the jury. Face-to-face confrontation is the norm, although not an independent constitutional right: *R. v. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), at pp. 366-67, aff'd [1993] 4 S.C.R. 475. To be sure, long-standing assumptions of the common law can be displaced, if shown to be erroneous or based on groundless prejudice — thus the reforms to eliminate the many myths that once skewed the law of sexual assault. But the record before us has not shown the long-standing assumptions of the common law regarding the importance of a witness's facial expressions to cross-examination and

[22] En règle générale, dans les cours de common law de juridiction criminelle, les témoins sont tenus de déposer en audience publique et d'exposer leur visage au regard des avocats, du juge et du jury. La confrontation de l'accusé avec les témoins est la norme même s'il ne s'agit pas d'un droit constitutionnel indépendant : *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), p. 366-367, conf. par [1993] 4 R.C.S. 475. Certes, les présomptions de longue date de la common law peuvent être réfutées s'il est établi qu'elles sont erronées ou qu'elles reposent sur des préjugés sans fondement — d'où les réformes visant l'élimination des nombreux mythes ayant faussé auparavant le droit applicable en matière d'agression sexuelle. Cependant, le dossier qui nous a été

credibility assessment to be unfounded or erroneous.

présenté ne démontre pas l'absence de fondement ou le caractère erroné des présomptions de longue date de la common law quant à l'importance que revêt l'expression du visage du témoin pour le contre-interrogatoire du témoin et l'appréciation de sa crédibilité.

[23] In recent years, Parliament and this Court have confirmed the common law assumption that the accused, the judge and the jury should be able to see the witness as she testifies. To protect child witnesses from trauma, Parliament has passed legislation permitting children to testify via closed-circuit television or from behind a screen so that they cannot see the accused: *Criminal Code*, s. 486.2(1). This Court has upheld these testimonial aids, relying on the fact that they do not prevent the accused from seeing the witness: *R. v. J.Z.S.*, 2010 SCC 1, [2010] 1 S.C.R. 3, aff'g 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52. Before a witness is permitted to testify by audio link, the *Criminal Code* expressly requires that the judge consider "any potential prejudice to either of the parties caused by the fact that the witness would not be seen by them": ss. 714.3(*d*) and 714.4(*b*). This, too, suggests that not seeing a witness's face during testimony may limit the fairness of a trial.

[23] Au cours des dernières années, le législateur et la Cour ont confirmé la présomption de common law selon laquelle l'accusé, le juge et le jury devraient être en mesure de voir le visage du témoin lors de son témoignage. Pour protéger contre les traumatismes les enfants qui témoignent, le législateur a adopté des dispositions permettant aux enfants de témoigner au moyen d'un système de télévision en circuit fermé ou derrière un écran de manière à ce qu'ils ne puissent pas voir l'accusé : *Code criminel*, par. 486.2(1). Notre Cour a confirmé la validité de ces dispositifs d'aide au témoignage du fait qu'ils n'empêchent pas l'accusé de voir le témoin : *R. c. J.Z.S.*, 2010 CSC 1, [2010] 1 R.C.S. 3, conf. 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52. Le *Code criminel* prévoit expressément que, avant d'autoriser un témoin à déposer à l'aide d'un dispositif de retransmission de la voix, le juge tient compte du « risque d'effet préjudiciable à une partie en raison de l'impossibilité de le voir » : art. 714.3 et 714.4. Cela aussi donne à penser que le défaut de voir le visage du témoin lors de son témoignage peut limiter l'équité du procès.

[24] Covering the face of a witness may impede cross-examination: see C.A. reasons, at para. 54. Effective cross-examination is integral to the conduct of a fair trial and a meaningful application of the presumption of innocence: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 663-65; *Mills*, at para. 69. Unwarranted constraints may undermine the fairness of the trial:

> . . . the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence. [Emphasis added.]

(*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 2)

Non-verbal communication can provide the cross-examiner with valuable insights that may uncover

[24] Le témoignage présenté à visage voilé peut faire obstacle au contre-interrogatoire : voir les motifs de la cour d'appel, par. 54. Un contre-interrogatoire efficace est indispensable à la tenue d'un procès équitable et à l'application utile de la présomption d'innocence : voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663-665; *Mills*, par. 69. Les entraves injustifiées peuvent miner l'équité du procès :

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

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

La communication non verbale peut donner au contre-interrogateur de précieux indices

uncertainty or deception, and assist in getting at the truth.

[25] Covering a witness's face may also impede credibility assessment by the trier of fact, be it judge or jury. It is a settled axiom of appellate review that deference should be shown to the trier of fact on issues of credibility because trial judges (and juries) have the "overwhelming advantage" of seeing and hearing the witness — an advantage that a written transcript cannot replicate: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 24; see also *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131. This advantage is described as stemming from the ability to assess the demeanour of the witness, that is, to *see* how the witness gives her evidence and responds to cross-examination.

[26] Changes in a witness's demeanour can be highly instructive; in *Police v. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, a New Zealand judge asked to decide whether witnesses could testify wearing burkas commented:

> . . . there are types of situations . . . in which the demeanour of a witness undergoes a quite dramatic change in the course of his evidence. The look which says "I hoped not to be asked that question", sometimes even a look of downright hatred at counsel by a witness who obviously senses he is getting trapped, can be expressive. So too can abrupt changes in mode of speaking, facial expression or body language. The witness who moves from expressing himself calmly to an excited gabble; the witness who from speaking clearly with good eye contact becomes hesitant and starts looking at his feet; the witness who at a particular point becomes flustered and sweaty, all provide examples of circumstances which, despite cultural and language barriers, convey, at least in part by his facial expression, a message touching credibility. [para. 78]

[27] On the record before us, I conclude that there is a strong connection between the ability to see the face of a witness and a fair trial. Being able to see the face of a witness is not the only — or indeed perhaps the most important — factor in

susceptibles de révéler l'incertitude ou la tromperie, et l'aider à découvrir la vérité.

[25] Le fait que la personne témoigne à visage voilé peut également empêcher le juge des faits, qu'il s'agisse du juge ou du jury, d'apprécier la crédibilité du témoin. Selon un principe bien établi du contrôle en appel, il convient de faire montre de déférence envers le juge des faits pour ce qui est des questions de crédibilité en raison de l'« énorme avantage » qu'ont les juges (et les jurés) de voir et d'entendre les témoins au procès — un avantage que la transcription des témoignages ne peut pas offrir : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 24; voir également *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, p. 272; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131. On affirme que cet avantage découle de la possibilité d'évaluer le comportement du témoin, c'est-à-dire de *voir* la façon dont il témoigne et réagit au contre-interrogatoire.

[26] Les changements dans le comportement du témoin peuvent s'avérer fort révélateurs; dans *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas a fait remarquer ce qui suit :

> [TRADUCTION] . . . il existe des cas [. . .] où le comportement du témoin change radicalement au cours de sa déposition. Le regard qui dit « j'espérais ne pas avoir à répondre à cette question », parfois même un regard de pure haine porté sur l'avocat par un témoin qui a manifestement l'impression d'être pris au piège, peuvent être expressifs. Cela vaut également pour les changements brusques dans l'élocution, l'expression du visage ou le langage corporel. Le témoin qui passe d'une élocution calme au bafouillage nerveux; le témoin qui, au départ, parlait clairement et regardait son interlocuteur droit dans les yeux et qui commence à hésiter et à regarder ses pieds; le témoin qui, à un moment donné, devient nerveux et commence à transpirer, voilà autant d'exemples de situations où, malgré les obstacles culturels et linguistiques, le témoin transmet, du moins en partie par l'expression de son visage, un message concernant sa crédibilité. [par. 78]

[27] Au vu du dossier qui nous est présenté, je conclus qu'il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable. La possibilité de voir le visage du témoin n'est pas le seul — et probablement pas le

cross-examination or accurate credibility assessment. But its importance is too deeply rooted in our criminal justice system to be set aside absent compelling evidence.

plus important — facteur à prendre en considération dans le contexte du contre-interrogatoire ou de l'appréciation exacte de la crédibilité. Toutefois, son importance est trop enracinée dans notre système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante.

[28] However, whether the ability to observe a witness's face impacts trial fairness in any particular case will depend on the evidence that the witness is to provide. Where evidence is uncontested, credibility assessment and cross-examination are not in issue; therefore, being unable to see the witness's face will not impinge on the accused's fair trial rights; as *Dagenais* notes, the risk to trial fairness must be "real and substantial" (p. 878), or in other words, the risk must be a serious one (*Mentuck*, at para. 34).

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

[29] If wearing the niqab poses no serious risk to trial fairness, a witness who wishes to wear it for sincere religious reasons may do so.

[29] Si le port du niqab ne présente pas de risque sérieux pour l'équité du procès, le témoin qui souhaite le porter pour des motifs religieux sincères peut le faire.

VI. Is There a Way to Accommodate Both Rights and Avoid the Conflict Between Them?

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

[30] If both freedom of religion and trial fairness are engaged on the facts, the question is how a judge should reconcile these rights.

[30] Si, en raison des faits en cause, la liberté de religion et l'équité du procès entrent en jeu, il s'agit de savoir comment le juge devrait concilier ces droits.

[31] The answer to this question lies in the *Dagenais*/*Mentuck* approach and the jurisprudence of this Court. The answer is not to ban religion from the courtroom, transforming the courtroom into a "neutral" space where witnesses must park their religious convictions at the door. Nor does it lie in ignoring the ancient and persistent connection the law has postulated between seeing a witness's face and trial fairness, and holding that a witness may always wear her niqab while testifying. Rather, the answer lies in a just and proportionate balance between freedom of religion on the one hand, and trial fairness on the other, based on the particular case before the Court.

[31] La réponse à cette question se trouve dans la démarche établie dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* ainsi que la jurisprudence de notre Cour. La solution ne consiste pas à exclure la religion de la salle d'audience, à transformer celle-ci en un espace « neutre » où les témoins doivent laisser de côté leurs convictions religieuses. La solution ne consiste pas non plus à faire abstraction du lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l'équité du procès, et à conclure que le témoin peut toujours porter son niqab lors de sa déposition. La solution consiste plutôt à trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion, d'une part, et l'équité du procès, d'autre part, eu égard à l'affaire particulière dont la Cour est saisie.

[32] Under the *Dagenais/Mentuck* framework, once a judge is satisfied that both sets of competing interests are actually engaged on the facts, he or she must try to resolve the claims in a way that will preserve both rights. *Dagenais* refers to this as the requirement to consider whether "reasonably available alternative measures" would avoid the conflict altogether (p. 878). We also call this "accommodation". We find a way to go forward that satisfies each right and each party. Both rights are respected, and the conflict is averted.

[33] When the matter returns to the preliminary inquiry judge, the parties should be able to place before the court evidence relating to possible options for accommodation of the potentially conflicting claims. This is the first step in the reconciliation process. The question is whether there is a reasonably available alternative that would conform to the witness's religious convictions while still preventing a serious risk to trial fairness. On the facts of this case, it may be that no accommodation is possible; excluding men from the courtroom would have implications for the open court principle, the right of the accused to be present at his trial, and potentially his right to counsel of his choice. Testifying without the niqab via closed-circuit television or behind a one-way screen may not satisfy N.S.'s religious obligations. However, when this case is reheard, the preliminary inquiry judge must consider the possibility of accommodation based on the evidence presented by the parties.

VII. Do the Salutary Effects of Requiring the Witness to Remove the Niqab Outweigh the Deleterious Effects of Doing So?

[34] If there is no reasonably available alternative that would avoid a serious risk to trial fairness while conforming to the witness's religious belief, the analysis moves to the next step in the *Dagenais/Mentuck* framework. The question is whether the salutary effects of requiring the witness to remove

[32] Selon le cadre établi dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, lorsque le juge est convaincu qu'en raison des faits en cause, les deux ensembles de droits concurrents entrent effectivement en jeu, il doit essayer de résoudre le litige de manière à préserver ces deux droits. *Dagenais* indique qu'il faut alors se demander s'il existe « d'autres mesures raisonnables » qui permettent d'éviter complètement le conflit (p. 878). C'est ce que nous appelons aussi un « accommodement ». Nous trouvons une solution qui respecte chacun des droits et convient à chacune des parties. Les deux droits sont respectés, et le conflit écarté.

[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.

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

[34] En l'absence d'autre solution raisonnable permettant d'éviter le risque sérieux pour l'équité du procès tout en respectant les croyances religieuses du témoin, on passe à l'étape suivante de l'analyse décrite dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*. La question est de savoir si les effets bénéfiques

the niqab, including the effects on trial fairness, outweigh the deleterious effects of doing so, including the effects on freedom of religion (*Dagenais*, at p. 878; *Mentuck*, at para. 32).

[35] As *Dagenais* makes clear, this is a proportionality inquiry, akin to the final part of the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The effect of insisting that the witness remove the niqab if she is to testify must be weighed against the effect of permitting her to wear the niqab on the stand.

[36] In terms of the deleterious effects of requiring the witness to remove her niqab while testifying, the judge must look at the harm that would be done by limiting the sincerely held religious practice. Sincerity of belief is already established at the first step of determining whether the s. 2(*a*) right is engaged; at this stage the task is to evaluate the impact of failing to protect that sincere belief in the particular context. It is difficult to measure the value of adherence to religious conviction, or the injury caused by being required to depart from it. The value of adherence does not depend on whether a religious practice is a voluntary expression of faith or a mandatory obligation under religious doctrine: *Amselem*, at para. 47. However, certain considerations may be helpful. How important is the practice to the claimant? What is the degree of state interference with the religious practice? (See *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 89-95.) How does the actual situation in the courtroom — the people present and any measures that can be put in place to limit facial exposure — affect the harm to the claimant of limiting her religious practice? These are but some considerations that may be relevant to determining the impact of an order to remove the niqab on the witness's right to freedom of religion.

de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion (*Dagenais*, p. 878; *Mentuck*, par. 32).

[35] Comme il ressort clairement de l'arrêt *Dagenais*, il s'agit d'une analyse de la proportionnalité qui s'apparente au dernier volet du critère de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il faut mettre en balance l'effet de l'insistance auprès du témoin pour qu'elle enlève le niqab pour témoigner, d'une part, et l'effet de l'autorisation de porter le niqab pendant le témoignage, d'autre part.

[36] Pour ce qui est des effets préjudiciables de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab pendant son témoignage, le juge doit examiner le préjudice causé par la restriction de la pratique religieuse sincère. La sincérité de la croyance religieuse a déjà été établie à la première étape consistant à déterminer si le droit garanti par l'al. 2*a*) entre en jeu; à la présente étape, il s'agit d'évaluer les répercussions de l'omission de protéger cette croyance sincère dans le contexte particulier. Il est difficile de mesurer la valeur de l'observance d'une conviction religieuse ou le préjudice causé par l'obligation de s'en écarter. La valeur de l'observance ne change pas selon que la pratique religieuse constitue une manifestation volontaire de sa foi ou une obligation impérative issue de la doctrine religieuse : *Amselem*, par. 47. Toutefois, il peut être utile de tenir compte de certaines considérations. Quelle importance la personne accorde-t-elle à sa pratique religieuse? Dans quelle mesure l'État intervient-il dans la pratique religieuse? (Voir *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 89-95.) En quoi la situation dans la salle d'audience — les personnes présentes et les mesures qui peuvent être mises en place pour limiter la visibilité du visage — atténue-t-elle le préjudice causé à la personne par l'atteinte à sa pratique religieuse? Ce ne sont là que quelques-unes des considérations qui peuvent être pertinentes pour déterminer l'effet qu'une ordonnance enjoignant au témoin d'enlever son niqab aurait sur le droit à la liberté de religion de ce témoin.

[37] The judge should also consider the broader societal harms of requiring a witness to remove the niqab in order to testify. N.S. and supporting interveners argue that if niqab-wearing women are required to remove the niqab while testifying against their sincere religious belief they will be reluctant to report offences and pursue their prosecution, or to otherwise participate in the justice system. The wrongs done to them will remain unredressed. They will effectively be denied justice. The perpetrators of crimes against them will go unpunished, immune from legal consequences. These considerations may be especially weighty in a sexual assault case such as this one. In recent decades the justice system, recognizing the seriousness of sexual assault and the extent to which it is under-reported, has vigorously pursued those who commit this crime. Laws have been changed to encourage women and children to come forward to testify. Myths that once stood in the way of conviction have been set aside.

[38] Having considered the deleterious effects of requiring the witness to remove the niqab, the judge must also consider the salutary effects of doing so. These include preventing harm to the fair trial interest of the accused and safeguarding the repute of the administration of justice. An important consideration will be the extent to which effective cross-examination and credibility assessment on this witness's testimony is central to the case. On an individual level, the cost of an unfair trial is severe. The right to a fair trial is a fundamental pillar without which the edifice of the rule of law would crumble. No less is at stake than an individual's liberty — his right to live in freedom unless the state proves beyond a reasonable doubt that he committed a crime meriting imprisonment. This is of critical importance not only to the individual on trial, but to public confidence in the justice system.

[37] Le juge devrait également prendre en considération l'ensemble des préjudices que causerait à la société l'obligation faite à la personne d'enlever le niqab pour témoigner. Selon N.S. et les intervenants qui l'appuient, si les femmes qui portent le niqab sont obligées de l'enlever pendant leur témoignage au mépris de leur croyance religieuse sincère, elles hésiteront à signaler une infraction et à intenter une poursuite, ou à participer autrement au système de justice. Elles resteront sans recours pour les torts qui leur ont été causés. Elles n'obtiendront effectivement pas justice. Les auteurs des crimes commis à leur égard resteront impunis, à l'abri des conséquences juridiques. Ces considérations peuvent peser particulièrement lourd dans le cas d'une agression sexuelle comme en l'espèce. Reconnaissant la gravité de l'agression sexuelle et la mesure dans laquelle ce crime est peu signalé, les acteurs du système de justice ont poursuivi activement les auteurs de ces crimes au cours des dernières décennies. On a modifié les lois afin d'encourager les femmes et les enfants à témoigner. Les mythes qui faisaient autrefois obstacle à la déclaration de culpabilité ont été dissipés.

[38] Après avoir examiné les effets préjudiciables que causerait l'obligation d'enlever le niqab pour témoigner, le juge doit également en considérer les effets bénéfiques. Ces derniers incluent la prévention de l'atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et la préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice. Une considération importante consistera à déterminer la mesure dans laquelle l'efficacité du contre-interrogatoire du témoin et l'appréciation de la crédibilité de son témoignage est cruciale dans l'affaire. Sur le plan individuel, les conséquences d'un procès inéquitable sont graves. Le droit à un procès équitable est un pilier essentiel sans lequel l'institution de la primauté du droit s'effondrerait. C'est la liberté d'une personne qui est jeu, rien de moins — son droit de vivre en liberté, à moins que l'État ne prouve, hors de tout doute raisonnable, qu'elle a commis un crime justifiant l'emprisonnement. Ce principe revêt une importance cruciale non seulement pour la personne traduite en justice, mais aussi pour la confiance du public dans le système de justice.

[39] The nature of the proceeding may also be a relevant factor in assessing the harm to the fair trial interest of the accused if the witness is permitted to testify wearing the niqab: see *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 36. For example, determining whether evidence is admissible on a *voir dire* might not raise the same concerns for getting at the truth through cross-examination and credibility assessment as would determining a central factual element of the Crown's case.

[39] La nature de l'instance peut également être un facteur pertinent pour apprécier le préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable si l'on permet au témoin de porter le niqab pendant qu'elle fait sa déposition : voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 36. Par exemple, le fait de déterminer si un élément de preuve est admissible lors d'un voir-dire ne soulève peut-être pas, pour ce qui est de découvrir la vérité au moyen du contre-interrogatoire et d'apprécier la crédibilité, les mêmes préoccupations que soulèverait le fait d'établir un élément factuel central de la preuve du ministère public.

[40] The Court of Appeal suggested that the fair trial interest might be attenuated at the preliminary inquiry stage, where the judge is not tasked with making credibility findings: *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 32. This may be questioned, however, given that evidence taken on a preliminary inquiry is subject to cross-examination and can be read in as part of the record at trial: s. 715, *Criminal Code*. Moreover, one of the purposes of a preliminary inquiry is to permit defence counsel to probe the strength of the Crown's case by cross-examining its witnesses. Permitting the witness to wear a niqab at the preliminary inquiry might hamper fulfillment of that purpose.

[40] Selon la Cour d'appel, le droit à un procès équitable pourrait avoir moins d'importance au stade de l'enquête préliminaire, où le juge n'a pas à tirer des conclusions relatives à la crédibilité : *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 32. Il est toutefois possible de mettre en doute cette affirmation, car la preuve recueillie à l'enquête préliminaire fait l'objet d'un contre-interrogatoire et peut être versée au dossier au procès : *Code criminel*, art. 715. De plus, l'enquête préliminaire vise notamment à permettre à l'avocat de la défense d'évaluer la solidité de la preuve du ministère public en contre-interrogeant ses témoins. Autoriser le témoin à porter le niqab à l'enquête préliminaire risque d'entraver la réalisation de cet objectif.

[41] The Court of Appeal suggested that harm to the fair trial interest might be less significant in a trial before a judge alone than before a judge and jury. Where a judge is the trier of fact, she would have the benefit of observing the witness at two points: first during the *voir dire* on the witness's religious freedom claim, and second when the witness gives testimony and is cross-examined. As the Court of Appeal stated:

> [The] judge during the inquiry into the witness's religious freedom claim may well develop a sense of the extent to which the wearing of the niqab will affect that judge's ability to make a proper assessment of the witness. The judge could properly take that impression into account in deciding how best to reconcile the witness's right to freedom of religion with the accused's right to full cross-examination. [para. 76]

[41] La Cour d'appel a indiqué que le préjudice au droit à un procès équitable serait moins grave dans le cas d'un procès devant un juge seul que dans celui d'un procès devant juge et jury. Le juge seul aurait l'avantage d'observer le témoin à deux occasions : d'abord au cours du voir-dire relatif à la liberté de religion revendiquée par le témoin, et ensuite lors de la déposition et du contre-interrogatoire du témoin. Comme l'a affirmé la Cour d'appel :

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

This said, judges must guard against over-confident predictions that they will be able to make sound credibility assessments, or that the inability to see the witness's face will not affect cross-examination, on the basis of a preliminary impression of a person whose face they cannot see.

Cela dit, les juges doivent se garder de surestimer leur capacité de bien apprécier la crédibilité d'un témoin ou de croire que l'impossibilité de voir le visage du témoin n'aura pas d'incidence sur le contre-interrogatoire, sur la base de la première impression qu'ils se font d'une personne dont ils ne peuvent voir le visage.

[42] The Court of Appeal also suggested that, in a trial by jury, the harm of being unable to see the witness's face might be offset by a curative instruction to the jury. However, a note of caution is in order. A curative instruction is hardly a remedy for deficient cross-examination or impaired credibility assessment resulting from an inability to see the witness's face.

[42] La Cour d'appel a également indiqué que, dans un procès avec jury, il est possible de neutraliser le préjudice causé par l'impossibilité de voir le visage du témoin en donnant une directive correctrice au jury. Toutefois, une mise en garde s'impose. Une directive correctrice ne permet guère de remédier à un contre-interrogatoire lacunaire ou à une appréciation de la crédibilité qui aurait été entravée par l'impossibilité de voir le visage du témoin.

[43] Another factor to consider is the nature of the evidence to be given by the witness. The Court of Appeal observed that if the witness's "evidence is relatively peripheral, or if it is clear that the witness's credibility will not be an issue, arguments that the removal of the niqab is essential to permit cross-examination become weak" (para. 77). As already discussed above, if the witness's evidence is uncontested, the accused's trial fairness interests are not put at risk by the witness wearing a niqab. However, even when trial fairness is engaged, the importance of the evidence may bear on the judge's assessment of the risk posed by the witness's face being concealed. As Cromwell J.A. (as he then was) commented in *R. v. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165 (C.A.):

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

> The trial judge should consider the importance of the evidence to the case. The more important the evidence to the prosecution's case, the more reluctant the trial judge should be to allow it to be given without full cross-examination. [para. 104]

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

[44] These are but some of the factors that may be relevant to determining whether the party seeking removal of the niqab has established that the salutary effects of doing so outweigh the deleterious effects. Future cases will doubtless raise other factors, and scientific exploration of the importance of seeing a witness's face to cross-examination and

[44] Ce sont là quelques-uns des facteurs susceptibles d'être pertinents pour décider si la partie qui demande que le témoin enlève son niqab pour témoigner a établi que les effets bénéfiques de cette obligation sont plus importants que ses effets préjudiciables. D'autres facteurs seront sans aucun doute relevés à l'avenir dans d'autres instances, et

credibility assessment may enhance or diminish the force of the arguments made in this case. At this point, however, it may be ventured that where the liberty of the accused is at stake, the witness's evidence is central to the case and her credibility vital, the possibility of a wrongful conviction must weigh heavily in the balance, favouring removal of the niqab.

[45] The judge must assess all these factors and determine whether, in the case at hand, the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so.

VIII. The Alternatives

[46] I have proposed that courts should deal with the conflict between rights in cases such as this by finding a just and appropriate balance between freedom of religion on the one hand and fair trial rights on the other. The result is that where a niqab is worn because of a sincerely held religious belief, a judge should order it removed if the witness wearing the niqab poses a serious risk to trial fairness, there is no way to accommodate both rights, and the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so. This approach follows the path this Court has taken in cases where rights conflict: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 978-79 and 986-87; *Dagenais*, at p. 878; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 2.

[47] Some of the submissions before us, however, argue against a contextual balancing and in favour of a clear rule. Some argue that a witness should always be permitted to wear a niqab in court, while others argue that she should never be permitted to cover her face in court. In my respectful view, while both positions offer the advantage of a clear rule, neither can be sustained.

les études scientifiques sur l'importance de voir le visage du témoin en contre-interrogatoire et pour l'appréciation de sa crédibilité peuvent accroître ou diminuer la solidité des arguments présentés en l'espèce. À ce point-ci toutefois, on peut dire que lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, que la déposition du témoin est capitale pour la poursuite et que sa crédibilité est cruciale, le risque d'une erreur judiciaire doit peser lourd dans la balance, ce qui favorise l'enlèvement du niqab.

[45] Le juge doit évaluer tous ces facteurs et décider si, dans l'affaire qui l'occupe, les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab pour témoigner sont plus importants que ses effets préjudiciables.

VIII. Les solutions de rechange

[46] J'ai proposé que, dans les affaires comme celle en l'espèce, les tribunaux devraient traiter du conflit entre les droits en trouvant un équilibre juste et approprié entre la liberté de religion et le droit à un procès équitable. Il s'ensuit que, si la personne appelée à témoigner porte le niqab en raison d'une croyance religieuse sincère, le juge devrait lui ordonner de l'enlever si le fait de le porter pose un risque sérieux d'atteinte au droit à un procès équitable, s'il n'y a aucune mesure permettant d'éviter le conflit entre les deux droits et si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables. Cette approche suit la voie empruntée par la Cour dans les cas où il y a conflit entre des droits : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979 et 986-987; *Dagenais*, p. 878; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 2.

[47] Toutefois, certains des arguments qui nous ont été soumis militent contre une pondération contextuelle et plaident en faveur d'une règle claire. D'aucuns soutiennent que le témoin devrait toujours être autorisé à porter un niqab en cour, alors que d'autres plaident que le témoin ne devrait jamais être autorisé à voiler son visage en cour. Avec égards, bien que les deux positions offrent l'avantage d'une règle claire, ni l'une ni l'autre ne peut être retenue.

[48] I turn first to the position that a witness should always be permitted to wear a niqab in court. The basic problem with this solution is that it offers no protection for the accused's fair trial interest and the state's correlative interest in avoiding wrongful convictions and maintaining public confidence in the administration of justice. Proponents of this position, including a number of interveners, responded by saying the niqab has little or no impact on cross-examination and credibility assessment, and hence does not impinge on the accused's right to, and the state's interest in, a fundamentally fair trial. This response, as discussed, flies in the face of assumptions deeply embedded in common law criminal practice and the *Criminal Code*, as well as the accepted judicial view that seeing the face of a witness assists in credibility assessment and is important to a fair trial.

[48] J'examine d'abord la position selon laquelle le témoin devrait toujours être autorisé à porter un niqab en cour. Le problème fondamental que pose cette solution réside dans l'absence de protection du droit de l'accusé à un procès équitable et de l'intérêt corrélatif de l'État à éviter une déclaration de culpabilité injustifiée et à maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Les tenants de cette position, dont plusieurs intervenants, ont répondu que le port du niqab a peu ou pas d'incidence sur le contre-interrogatoire et l'appréciation de la crédibilité, et qu'il ne porte donc pas atteinte au droit de l'accusé — ni à l'intérêt de l'État — à un procès fondamentalement équitable. Comme je l'ai déjà mentionné, cette réponse va à l'encontre des présomptions profondément enracinées dans la pratique criminelle en common law et dans le *Code criminel*, ainsi que de l'opinion judiciaire acceptée selon laquelle le fait de voir le visage du témoin aide à en apprécier la crédibilité et est importante pour la tenue d'un procès équitable.

[49] In the absence of evidence showing that these beliefs, backed by centuries of practice, are unsubstantiated "myths" that should be excised from the law, we should not take such a radical step. It follows that the view that witnesses can never be ordered to remove the niqab cannot be accepted. The *Dagenais*/*Mentuck* approach of finding a just balance between the conflicting rights is not displaced.

[49] En l'absence d'éléments de preuve indiquant que ces convictions, confirmées par plusieurs siècles de pratique, sont des « mythes » sans fondement qui devraient être exclus du droit, nous ne devrions pas adopter une mesure si radicale. Par conséquent, on ne saurait retenir l'opinion que le témoin ne peut jamais être tenu d'enlever le niqab. L'approche préconisée dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, laquelle consiste à trouver le juste équilibre entre les droits contradictoires, n'est pas écartée.

[50] At the other end of the spectrum lies the approach that says the courtroom must be a space in which individuals' particular religious convictions have no place. On this view, if the niqab is an expression of the wearer's religious views, it has no place in the courtroom. Courtrooms should be "neutral" spaces, operating on "neutral" principles. Changes of procedure on religious grounds should therefore not be allowed, it is argued.

[50] À l'autre extrémité de l'éventail se trouve la thèse selon laquelle la salle d'audience doit constituer un espace où les convictions religieuses particulières d'une personne n'ont pas leur place. Selon cette thèse, si le niqab est une manifestation des opinions religieuses de la personne qui le porte, il n'a pas sa place en salle d'audience. La salle d'audience devrait constituer un espace « neutre » régi par des principes « neutres ». On fait valoir que les changements de procédure fondés sur des motifs religieux ne devraient donc pas être permis.

[51] In my view, this option must also be rejected. It is inconsistent with Canadian jurisprudence, courtroom practice, and our tradition of requiring

[51] À mon avis, cette solution doit également être rejetée. Elle est incompatible avec la jurisprudence canadienne, la pratique adoptée en salle

state institutions and actors to accommodate sincerely held religious beliefs insofar as possible. Importantly, it limits religious rights where there is no countervailing right and hence no reason to limit them. As such, it fails the proportionality test which has guided *Charter* jurisprudence since *Oakes* in 1986.

d'audience et notre tradition d'exiger des institutions et des représentants de l'État qu'ils respectent dans la mesure du possible les croyances religieuses sincères. Fait important, cette opinion restreint les droits religieux en l'absence d'un droit opposé qui prévaut et, partant, sans raison de les restreindre. Par conséquent, cette opinion ne satisfait pas au critère de la proportionnalité qui guide la jurisprudence relative à la *Charte* depuis l'arrêt *Oakes* de 1986.

[52] First, as already discussed, our jurisprudence teaches that clashes between rights should be approached by reconciling the rights through accommodation if possible, and in the end, if a conflict cannot be avoided, by case-by-case balancing: *Dagenais*. An absolute rule that courtrooms are secular spaces where religious belief plays no role would stand as a unique exception to this approach. No attempt to accommodate the witness's sincere religious belief would need to be made. No effort to minimize the intrusion on the right would need to be considered. The reconciliation between competing rights that we have advocated case after case would not be attempted. Why? Simply because the venue where the rights clash is a courtroom.

[52] Premièrement, comme nous l'avons vu, notre jurisprudence nous enseigne que, en cas de conflit entre des droits, il convient de concilier ceux-ci au moyen d'un accommodement si possible, et à la fin, si le conflit ne peut être évité, au moyen d'une pondération au cas par cas : *Dagenais*. Une règle absolue portant que la salle d'audience est un espace laïc où les croyances religieuses n'ont pas leur place constituerait l'unique exception à cette approche. Il ne serait pas nécessaire de tenter de respecter la croyance religieuse sincère du témoin. Aucune mesure visant à atténuer l'atteinte portée au droit n'aurait à être envisagée. On ne tenterait pas de concilier les droits qui s'opposent, la solution que nous avons constamment préconisée dans notre jurisprudence. Pourquoi? Tout simplement parce que la salle d'audience est le lieu où les droits entrent en conflit.

[53] Second, to remove religion from the courtroom is not in the Canadian tradition. Canadians have since the country's inception taken oaths based on holy books — be they the Bible, the Koran or some other sacred text. The practice has been to respect religious traditions insofar as this is possible without risking trial fairness or causing undue disruption in the proceedings. The *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, now permits a witness to affirm instead of taking a religious oath, but it does not remove the option of the oath from the courtroom.

[53] Deuxièmement, exclure la religion de la salle d'audience est étranger à la tradition canadienne. Depuis que le Canada existe, les Canadiens prêtent serment sur des livres saints — que ce soit la Bible, le Coran ou un autre texte sacré. Ils ont pour pratique de respecter les traditions religieuses dans la mesure du possible sans risquer de porter atteinte à l'équité du procès ou de perturber indûment les procédures. La *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, permet à présent à un témoin de faire une affirmation solennelle plutôt que de prêter un serment de nature religieuse, mais elle n'exclut pas la possibilité de prêter serment en salle d'audience.

[54] Third, the Canadian approach in the last 60 years to potential conflicts between freedom of religion and other values has been to respect the individual's religious belief and accommodate it

[54] Troisièmement, la démarche retenue au Canada depuis 60 ans pour régler les conflits susceptibles d'opposer la liberté de religion à d'autres valeurs consiste à respecter la conviction religieuse

if at all possible. Employers have been required to adapt workplace practices to accommodate employees' religious beliefs: *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 555; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at pp. 551-52; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at p. 982. Schools, cities, legislatures and other institutions have followed the same path: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at pp. 327-29; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336-37; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782; *Amselem*, at para. 103; *Multani*, at para. 2. The need to accommodate and balance sincerely held religious beliefs against other interests is deeply entrenched in Canadian law. For over half a century this tradition has served us well. To depart from it would set the law down a new road, with unknown twists and turns.

de l'intéressé et à trouver des mesures d'accommodement dans la mesure du possible. On a demandé aux employeurs de modifier les pratiques en milieu de travail afin de respecter les croyances religieuses des employés : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 555; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 551-552; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 982. Les écoles, les villes, les législatures et d'autres institutions ont fait de même : *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 327-329; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336-337; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 782; *Amselem*, par. 103; *Multani*, par. 2. La nécessité de respecter les croyances religieuses sincères et de les mettre en balance avec d'autres intérêts est profondément enracinée en droit canadien. Cette tradition nous sert bien depuis plus d'un demi-siècle. S'en écarter aurait pour effet d'engager le droit dans une nouvelle voie parsemée de virages et de détours inconnus.

[55] Most recently, in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, Justice Deschamps wrote of the ideal of "neutrality" in the law:

> . . . following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected. [para. 32]

[55] Tout récemment, dans *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, la juge Deschamps a écrit ce qui suit au sujet de l'idéal de « neutralité » en droit :

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

[56] This brings me to the final reason for rejecting an approach that would never allow a witness to testify while wearing a religious facial covering. It does not comport with the fundamental premise underlying the *Charter* that rights should be limited only to the extent that the limits are shown to be justifiable. This principle is set out in s. 1 of the *Charter*, in relation to laws — laws that limit the rights guaranteed by the *Charter* are invalid to the extent that the limit is not reasonably justified in a free and democratic society. A total ban

[56] Cela m'amène à la dernière raison de rejeter une règle qui ne permettrait jamais au témoin de déposer en portant un voile religieux qui couvre le visage. Cette règle ne respecte pas le principe fondamental sous-tendant la *Charte* selon lequel les droits ne doivent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée. Ce principe est énoncé à l'article premier de la *Charte* relativement aux règles de droit : les règles de droit qui limitent les droits garantis par la *Charte* sont invalides dans la mesure où la limite n'est pas raisonnablement

on religious face coverings for all evidence given by all witnesses in the courtroom would mean that freedom of religion is being limited in situations where there is no good reason for the limit. As discussed above, uncontested and uncontroversial evidence does not engage the fair trial interest. A total ban that would permit the state to intrude on freedom of religion where it cannot be justified is not consistent with the premise on which the *Charter* is based — a generous approach to defining the scope of the rights it confers, coupled with the need to justify intrusions on those rights because of conflicting interests or the public good.

IX. Conclusion

[57] I would dismiss the appeal. The matter should be remitted to the preliminary inquiry judge to be decided in accordance with these reasons.

The reasons of LeBel and Rothstein JJ. were delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

[58] The Chief Justice proposes to dismiss the appeal of N.S. I agree with her conclusion. However, she crafts a rule that would allow witnesses to wear niqabs in certain circumstances. I have reservations about her approach and will propose a different rule. I will add some observations about the important issues raised by this appeal in respect of some of the principles informing and governing the Constitution of Canada and the application of its criminal law. But I will not restate the facts of the appeal. I will be content to rely on their exposition in the Chief Justice's reasons, except where I find it necessary to add a few details to their presentation.

[59] Once again, this appeal signals the difficulties attendant on the trial of charges of sexual

justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'interdiction absolue de porter un voile religieux dissimulant le visage pendant tout témoignage présenté en salle d'audience aurait pour effet de restreindre la liberté de religion dans des cas où aucun motif valable n'en justifie la restriction. Comme je l'ai expliqué précédemment, le témoignage non contesté et non controversé ne met pas en jeu le droit à un procès équitable. L'interdiction absolue qui permettrait à l'État d'empiéter sans justification sur la liberté de religion n'est pas conforme à la prémisse sur laquelle repose la *Charte* : une définition libérale de la portée des droits qu'elle confère, conjuguée à l'exigence de justifier les atteintes à ces droits qui peuvent survenir en raison des intérêts contradictoires ou du bien public.

IX. Conclusion

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

Version française des motifs des juges LeBel et Rothstein rendus par

Le juge LeBel —

I. Introduction

[58] La Juge en chef propose de rejeter le pourvoi de N.S. Je souscris à sa conclusion. Elle formule toutefois une règle qui autoriserait les témoins à porter le niqab dans certaines situations. J'entretiens des réserves au sujet de sa démarche et j'en proposerai une différente. J'ajouterai donc quelques observations au sujet des questions importantes que soulève cet appel relativement à certains principes qui sous-tendent et régissent la Constitution canadienne et l'application de notre droit criminel. Je m'en remets aux faits tels qu'ils sont exposés dans les motifs de la Juge en chef sans les répéter, sauf si j'estime nécessaire de les préciser.

[59] Une fois de plus, ce pourvoi fait ressortir les difficultés que pose l'instruction des accusations

assault and related offences, particularly in the context of the life of a family. As we will see, however, there is more to this case. This appeal also illustrates the tension and changes caused by the rapid evolution of contemporary Canadian society and by the growing presence in Canada of new cultures, religions, traditions and social practices. Now, this Court must decide how to frame the relationship — or clash — between the affirmation of a religious right by a victim of sexual assault and the right of the accused to conduct his defence or, rather, to make full answer and defence to the charges against him. The complainant says that her Islamic faith requires her to wear a full-face veil, the niqab, in public, in court. The accused responds that the complainant must remove her veil, particularly when she gives evidence or is cross-examined, in order to protect his right to a fair trial and to make full answer and defence. The Court of Appeal tried to reconcile the conflicting claims. At the end of a long and carefully crafted judgment, it found that N.S. would have to remove her veil, if that became necessary, in order to allow the defence to conduct an effective cross-examination (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). It did not clearly decide whether wearing a niqab is compatible with the nature of a public adversarial trial in the courts of Canada and with the principles that govern such a trial under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the criminal law and the common law.

[60] The Court of Appeal and the complainant treated the issue in this case as purely one of conflict and reconciliation between a religious right and the protection of the right of the accused to make full answer and defence. This clash arises, but the equation involves other factors. The case engages basic values of the Canadian criminal justice system. Is the wearing of the niqab compatible not only with the rights of the accused, but also with the constitutional values of openness and religious neutrality in contemporary democratic, but diverse, Canada?

d'agression sexuelle et d'infractions connexes, particulièrement dans le contexte du cercle familial. Nous constatons que le présent pourvoi ne se résume pas à cela : il illustre également les tensions et les changements que suscitent l'évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. Notre Cour doit maintenant déterminer la façon de cerner le rapport — ou le conflit — entre l'affirmation d'un droit religieux par la victime d'une agression sexuelle et le droit d'un accusé de présenter sa défense ou, plutôt, d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. Selon la plaignante, sa foi islamique exige qu'elle porte en public, devant le tribunal, le niqab, un voile qui recouvre entièrement son visage. L'accusé réplique que, pour protéger ses droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière, la plaignante doit enlever son voile, en particulier lorsqu'elle témoigne ou subit un contre-interrogatoire. La Cour d'appel a tenté de concilier ces prétentions contradictoires. À la fin d'un long jugement soigneusement élaboré, elle a conclu que N.S. serait tenue d'enlever son voile, si cela s'avère nécessaire, afin de permettre à la défense de mener un contre-interrogatoire efficace (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). Elle n'a pas indiqué clairement si le port du niqab était compatible avec la nature d'un procès contradictoire public devant un tribunal canadien et avec les principes qui régissent le procès sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*, du droit criminel et de la common law.

[60] La Cour d'appel et la plaignante ont considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'une pure question de conflit et de conciliation entre un droit religieux et la protection du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce conflit surgit, mais d'autres facteurs entrent en ligne de compte. L'affaire fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale. Le port du niqab est-il compatible non seulement avec les droits de l'accusée, mais aussi avec la transparence et la neutralité religieuse — des valeurs constitutionnelles — dans cette démocratie contemporaine mais diversifiée qu'est le Canada?

[61] Exploring this aspect of the case may lead to further questions about the meaning of multiculturalism in our democratic environment. I will first consider the conflict between the religious rights claimed by the appellant and the rights of an accused facing criminal charges. I will then briefly reflect on the values of the Canadian justice system and on their relevance to the resolution of the issues before this Court.

II. Conflict Between Religious Rights and the Criminal Justice Process

[62] Freedom of religion is a fundamental right. It often goes to the core identity of human beings. The *Charter* protects it in express words in s. 2(*a*). But fundamental too are the rights of the accused to make full answer and defence to the charges brought against him and to benefit from the presumption of innocence. The right to cross-examine is considered to be part of the constitutional right to make full answer and defence. But it is not unlimited (*R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, at paras. 27-28; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475). Religious rights are not unlimited either (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567).

[63] In the instant case, this Court must resolve a conflict between two protected constitutional rights within the framework established by the constitutional system. It is not a question of reconciling a constitutional right, the guarantee of freedom of religion, with a mere common law right, the right to cross-examine a witness, the complainant. As found in the jurisprudence, the right to cross-examine is a component of the constitutional right of the accused to make full answer and defence to the charges against him or her.

[64] Indeed, the reasons of the Chief Justice recognize the importance of the right of cross-examination as a tool to ensure the effectiveness of the right of the accused to make full answer and defence. It tests the witness. Many

[61] L'examen de cet aspect de l'affaire peut introduire d'autres interrogations sur le sens du multiculturalisme dans notre environnement démocratique. Je vais d'abord examiner le conflit entre les droits religieux invoqués par l'appelante et les droits de la personne qui fait l'objet de poursuites criminelles. J'aborderai ensuite brièvement les valeurs du système canadien de justice pénale et la pertinence qu'elles revêtent pour le règlement des questions soumises à notre Cour.

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

[62] La liberté de religion est un droit fondamental. Elle touche souvent au cœur de l'identité de chaque être humain. La *Charte* garantit expressément cette liberté en son al. 2*a*). Par contre, les droits de l'accusé d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui et de bénéficier de la présomption d'innocence constituent eux aussi des droits fondamentaux. Le droit au contre-interrogatoire est considéré comme un élément du droit constitutionnel à une défense pleine et entière, mais il n'est pas absolu (*R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 27-28; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475). Les droits religieux ne sont pas absolus non plus (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567).

[63] En l'espèce, notre Cour doit résoudre un conflit entre deux droits garantis par la Constitution à l'intérieur du cadre établi par le régime constitutionnel. Il ne s'agit pas de concilier un droit garanti par la Constitution, la liberté de religion, et un simple droit reconnu en common law, celui de contre-interroger un témoin, en l'occurrence la plaignante. Selon la jurisprudence, le droit au contre-interrogatoire constitue une composante du droit — garanti par la Constitution à l'accusé — d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui.

[64] Certes, la Juge en chef reconnaît dans ses motifs l'importance que revêt le droit au contre-interrogatoire comme outil permettant d'assurer l'efficacité du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le contre-interrogatoire

cross-examinations fail or, in the end, actually assist the prosecution. Some succeed, on occasion brilliantly. Like the Chief Justice, I think that allowing participants to observe the face of a witness during cross-examination is an important part in the exercise of the right of the accused to defend himself against criminal charges, and that the appellant has failed to show that this view is wrong.

met le témoin à l'épreuve. Bien des contre-interrogatoires ne donnent aucun résultat ou, au bout du compte, servent en fait la cause de la poursuite. Certains portent fruit, parfois de manière brillante. À l'instar de la Juge en chef, j'estime que permettre d'observer le visage d'un témoin lors de son contre-interrogatoire représente un élément important dans l'exercice, par l'accusé, de son droit de se défendre contre des accusations criminelles, et que l'appelante n'a pas démontré l'inexactitude de ce point de vue.

[65] I do not cast doubt on the sincerity of the appellant's religious beliefs. I do not doubt that the environment of a criminal trial is hardly congenial or comfortable for the witnesses or the parties, particularly in cases involving matters such as sexual assaults, even sexual assaults within the family circle, as in this case. Lawyers and judges get used in their lives to the courtroom environment. As judges, we may forget how new, strange or intimidating it may prove to be for those who do not live their lives in the law.

[65] Je ne mets pas en doute la sincérité des croyances religieuses de l'appelante. Je ne doute pas que le cadre d'un procès criminel ne semble guère agréable ou réconfortant pour les témoins ou les parties, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'agressions sexuelles, même celles commises à l'intérieur du cercle familial. Les avocats et les juges s'habituent à l'environnement de la salle d'audience. Les juges oublient peut-être à quel point il peut paraître étrange ou intimidant pour les personnes qui ne font pas du droit une carrière.

[66] Parliament and courts have put processes in place designed to protect young persons and victims of crimes like sexual assault during a criminal trial. They are available to all those who belong to the classes of persons that are deemed to be in need of protection in the course of a trial. Nevertheless, despite these safeguards, the courtroom environment can be traumatic for many litigants and witnesses.

[66] Le législateur et les tribunaux ont mis en place des mécanismes visant à protéger, au cours d'un procès criminel, les jeunes ou les victimes d'actes criminels comme l'agression sexuelle. Tous les membres de groupes réputés avoir besoin de protection durant un procès peuvent se prévaloir de ces mécanismes. Pourtant, malgré ces mesures de protection, l'environnement des salles d'audience peut traumatiser un bon nombre de parties et de témoins.

[67] But the Canadian criminal trial process remains faithful in its core aspects to an adversarial model. This process developed in the common law. Some of its features are now part of the constitutional order. The accused, who is the target of the process, may himself be going through a painful and traumatic experience from the time of the criminal investigation to the arrest, the laying of charges and the wait for a trial date in open court. Indeed, he is the target of a process established to satisfy the public interest in the pursuit and punishment of crime. Nevertheless the criminal process itself is also designed to ensure that the accused is given a

[67] Au Canada toutefois, le processus du procès pénal demeure essentiellement fidèle, dans ses aspects principaux, au modèle accusatoire. Ce processus s'est développé en common law. Certains de ses éléments font désormais partie de l'ordre constitutionnel. Il arrive que l'accusé — la personne visée par ce processus — subisse lui-même une expérience pénible et traumatisante durant l'enquête criminelle, l'arrestation, le dépôt des accusations et l'attente d'un procès public. De fait, il est l'objet d'une procédure établie pour satisfaire l'intérêt public à poursuivre et punir les criminels. Néanmoins, le processus pénal lui-même vise

fair trial, to safeguard the constitutional presumption of innocence and, hopefully, to avert wrongful convictions. The adversarial model is based on interaction between the prosecution, the plaintiff, counsel for the parties, witnesses and, finally, the judge and, where applicable, the jurors. This model of justice imposes a significant personal burden on witnesses and parties. This burden cannot be lifted entirely. The price might very well be reading the most basic rights of the accused out of the criminal law and of the *Charter*.

[68] In this context, it would be possible to expound at length on the theme of the reconciliation of rights. But the Court is, first of all, tasked with resolving a problem of balancing of rights, which both enjoy constitutional protection. I agree, in this respect, with the reasons of the Chief Justice that, when the issue involves the credibility of a key witness in respect of the core questions raised by a charge, the rights of the accused must be protected. Since cross-examination is a necessary tool for the exercise of the right to make full answer and defence, the consequences of restrictions on the rights in question weigh more heavily on the accused, and the balancing process works in his favour. A defence that is unduly and improperly constrained might impact on the determination of his guilt or innocence. As a result, the witness, the complainant in this case, must be asked to remove her veil while giving evidence at the preliminary inquiry and at trial.

III. The Niqab — Some Practical Aspects of the Conduct of the Trial

[69] But this does not mean that I agree with the solution the Chief Justice proposes to the problem of a witness wearing a niqab while testifying. In her view, whether a witness will be allowed to wear a niqab would depend on the nature or the importance of the evidence. The application of these criteria looks highly problematic. First, their application could trigger new motions, and possibly another type of "*voir dire*" that would add a new layer of complexity to a trial process that is not

également à garantir à l'accusé un procès équitable, à préserver la présomption d'innocence inscrite dans la Constitution et, espérons-le, à éviter les déclarations de culpabilité injustifiées. Le modèle du procès contradictoire repose sur l'interaction entre la poursuite, le plaignant, les avocats des parties, les témoins et, enfin, le juge et, s'il y a lieu, les jurés. Ce modèle de justice impose aux témoins et aux intéressés un lourd fardeau personnel dont on ne peut les délester entièrement. S'il en était autrement, le prix à payer pourrait fort bien être la suppression des droits les plus fondamentaux de l'accusé en droit criminel et dans la *Charte*.

[68] Dans ce contexte, il serait possible de développer longuement le thème de conciliation des droits. Mais la Cour doit avant tout résoudre un problème d'équilibre entre deux droits protégés par la Constitution. À cet égard, je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire que les droits de l'accusé doivent être protégés lorsque le litige porte sur la crédibilité d'un témoin clé relativement aux principales questions que pose une accusation. Puisque le contre-interrogatoire constitue un outil nécessaire à l'exercice du droit de présenter une défense pleine et entière, la restriction de ces droits est plus lourde de conséquences pour l'accusé, et la mise en balance favorise ce dernier. Une défense indûment et irrégulièrement restreinte risque d'avoir une incidence sur l'appréciation de sa culpabilité ou de son innocence. Il faut donc demander au témoin, la plaignante en l'espèce, d'enlever son voile lorsqu'elle témoigne à l'enquête préliminaire et au procès.

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

[69] Toutefois, je ne souscris pas pour autant à la solution que propose la Juge en chef au problème du port du niqab par un témoin durant sa déposition. De l'avis de la Juge en chef, la nature ou l'importance de la déposition déterminera si le témoin pourra ou non porter le niqab. L'application de tels critères semble très problématique. Premièrement, leur application pourrait engendrer la présentation de nouvelles requêtes et, peut-être, un autre type de « voir-dire » qui rendrait encore plus complexe

always a model of simplicity. We should not forget that a trial is itself a dynamic chain of events. It can often be difficult to foresee which evidence might be considered non-contentious or important at a specific point in a trial. The solution may vary at different stages of a trial, and also with what is known about the evidence. What looked unchallengeable one day might appear slightly dicey a week later. Given the nature of the trial process itself, the niqab should be allowed either in all cases or not at all when a witness testifies. In my opinion, a clear rule should be chosen. Because of its impact on the rights of the defence, in the context of the underlying values of the Canadian justice system, the wearing of a niqab should not be allowed.

la procédure du procès, qui n'est pas toujours un modèle de simplicité. Il ne faut pas oublier qu'un procès constitue en soi un enchaînement dynamique d'événements. Il peut souvent s'avérer difficile de savoir à l'avance quel témoignage peut être jugé non litigieux ou important à un stade précis du procès. La réponse peut varier à différentes étapes du procès et selon la connaissance que l'on a de la preuve. Un élément de preuve qui semblait incontestable un jour peut paraître quelque peu risqué une semaine plus tard. Compte tenu de la nature du procès lui-même, le port du niqab pourrait être permis dans tous les cas ou pas du tout durant la déposition du témoin. J'estime qu'il faut adopter une règle claire. Dans le contexte des valeurs sous-jacentes du système de justice canadien, le port du niqab ne devrait pas être permis en raison de son incidence sur les droits de la défense.

IV. Values of the Canadian Criminal Justice System

[70] A few years ago, Abella J. wrote some words of caution about the need to respect differences, but at the same time to preserve common values of Canadian society:

> Endorsed in legal instruments ranging from the statutory protections found in human rights codes to their constitutional enshrinement in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the right to integrate into Canada's mainstream based on and notwithstanding these differences has become a defining part of our national character.
>
> The right to have differences protected, however, does not mean that those differences are always hegemonic. Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their expression are arbitrary.

(*Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, at paras. 1-2)

[71] Those common values are the ones that allowed Canada to develop and live as a diverse society. They preserve a public space where all will be welcome as they are, but where some core common values will facilitate the interaction between all members of society. In his seminal opinion on the

IV. Les valeurs du système canadien de justice pénale

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

> Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national.
>
> Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et, par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires.

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

[71] Ces valeurs communes sont celles qui ont permis au Canada de se développer et de former une société diversifiée. Elles préservent un espace public où tous sont les bienvenus tels qu'ils sont, mais où certaines valeurs communes fondamentales favorisent l'interaction entre tous les membres

interpretation and application of s. 1 of the *Charter* in *Oakes*, Dickson C.J. adverted to the presence and importance of these common values (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). In his comment on the meaning of the words "free and democratic society" in s. 1 of the *Charter*, he emphasized that these values were the source of the constitutional rights guaranteed by the *Charter*:

> The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [p. 136]

[72] Dickson C.J. recognized in *Oakes* that the *Charter* is grounded in a long history and tradition. The "living tree" keeps growing, but always from its roots. Today, we may rightly say that, in s. 27 of the *Charter*, Canada accepts the importance of multiculturalism in its social life. In s. 27, Canada signals its acceptance that it's changing through every day of its history. At the same time, however, the recognition of multiculturalism takes place in the environment of the Constitution itself, and is rooted in its political and legal traditions. The Constitution requires an openness to new differences that appear within Canada, but also an acceptance of the principle that it remains connected with the roots of our contemporary democratic society.

[73] The will to maintain an independent and open justice system in which the interests and the dignity of all are taken into consideration remains a key aspect of the traditions grounding this democratic society. The religious neutrality of the state and of its institutions, including the courts and the justice system, protects the life and the growth of a public space open to all regardless of their beliefs, disbeliefs and unbeliefs. Religions are voices among others in the public space, which includes the courts.

de notre société. Dans les motifs éclairants exprimés dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, portant sur l'interprétation et l'application de l'article premier de la *Charte*, le juge en chef Dickson a fait allusion à la présence et à l'importance de ces valeurs communes. Dans son propos sur le sens des mots « société libre et démocratique » à l'article premier de la *Charte*, il a souligné que ces valeurs étaient à l'origine des droits constitutionnels garantis par la *Charte :*

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

[72] Le juge en chef Dickson a reconnu dans *Oakes* que la *Charte* procède d'une histoire et une tradition anciennes. L'« arbre vivant » continue de croître, mais toujours à partir de ses mêmes racines. Nous pouvons dire à juste titre aujourd'hui qu'à l'art. 27 de la *Charte*, le Canada accepte l'importance que revêt le multiculturalisme dans son quotidien. Le Canada y affirme accepter de changer tous les jours, mais du même coup, la reconnaissance du multiculturalisme se fait dans le cadre de la Constitution elle-même, et elle reste ancrée dans les traditions politiques et juridiques canadiennes. La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l'acceptation du principe qu'elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine.

[73] La volonté de maintenir un système de justice indépendant et transparent, qui prend en compte les intérêts et la dignité de tous reste un élément clé des traditions sur lesquelles repose notre société démocratique. La neutralité religieuse de l'État et de ses institutions, y compris des tribunaux et du système de justice, assure la vie et la croissance d'un espace public ouvert à tous, peu importe les croyances, le scepticisme ou l'incrédulité de chacun. Les religions sont des voix parmi d'autres qui s'expriment dans l'espace public, qu'occupent également les tribunaux.

[74] A system of open and independent courts has become a core component of a democratic state, ruled by law (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at p. 8). This system is part of the complex web of institutions, rules and values embraced by the notion of the rule of law, of a state and a society living under and within the law. Such a system is critical to the maintenance of the rule of law, a fundamental Canadian value, as this Court held, for example, in the *Quebec Secession Reference* (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217) and in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

[74] Un appareil judiciaire transparent et indépendant est devenu une composante essentielle d'un État démocratique fondé sur le droit (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 8). Cet appareil fait partie du réseau complexe d'institutions, de règles et de valeurs que chapeaute la notion de primauté du droit, c'est-à-dire d'un État et d'une société vivant dans le respect et les limites du droit. Son rôle est primordial pour le maintien de la primauté du droit, une valeur fondamentale au Canada, comme l'a affirmé notre Cour notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, et dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

[75] There are all sorts of exceptions to the openness of the courts and to the publicity of trials. But they remain exceptions. Courts work under a general principle that they are open to the public and that the public is entitled to know or learn about what goes on before them. As La Forest J. wrote:

> The importance of ensuring that justice be done openly has not only survived: it has now become "one of the hallmarks of a democratic society" . . . . The open court principle, seen as "the very soul of justice" and the "security of securities", acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law. In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, openness was held to be the rule, covertness the exception, thereby fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice.

(*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 22)

[75] La transparence des tribunaux et le caractère public des procès souffrent d'exceptions de toutes sortes, mais celles-ci restent des exceptions. Les tribunaux sont soumis au principe général voulant qu'ils soient ouverts au public et que ce dernier a le droit de savoir ce qui se passe devant eux ou d'en prendre connaissance. Comme l'a écrit le juge La Forest :

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

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

[76] From this broader constitutional perspective, the trial becomes an act of communication with the public at large. The public must be able to see how the justice system works. The principle of openness

[76] 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.

ensures that the courts and the trial process belong to all regardless of religion, gender or origin.

[77] In the courts themselves, as I mentioned above, the trial is a process of communication. To facilitate this process, the justice system uses rules and methods that try to assist parties that struggle with handicaps to overcome them in order to gain access to justice and take part effectively in a trial. Blind or deaf litigants, and parties with limited mobility, take part in judicial proceedings. Communication may sometimes be more difficult. But the efforts to overcome these obstacles and the rules crafted to address them tend to improve the quality of the communication process. Wearing a niqab, on the other hand, does not facilitate acts of communication. Rather, it restricts them. It removes the witness from the scope of certain elements of those acts on the basis of the assertion of a religious belief in circumstances in which the sincerity and strength of the belief are difficult to assess or even to question. The niqab shields the witness from interacting fully with the parties, their counsel, the judge and, where applicable, the jurors.

[78] A clear rule that niqabs may not be worn would be consistent with the principle of openness of the trial process and would safeguard the integrity of that process as one of communication. It would also be consistent with the tradition that justice is public and open to all in our democratic society. This rule should apply at all stages of the criminal trial, at the preliminary inquiry as well as at the trial itself. Indeed, evidentiary issues arise and evolve at the different stages of the criminal process, and they affect the conduct of the communication process taking place during the trial.

[79] Because of the way the litigation and the appeals were conducted, I agree with the disposition proposed by the Chief Justice. I would remit the matter to the judge presiding at the preliminary inquiry, the stage at which this case has remained bogged down for years as a result of the incidents that this Court is now trying to resolve.

Le principe de la publicité démontre que les tribunaux et le procès appartiennent à tous, peu importe la religion, le sexe ou les origines de chacun.

[77] Dans la salle d'audience elle-même, comme je l'ai déjà mentionné, le procès constitue un exercice de communication. Pour faciliter cette communication, le système de justice s'est doté de règles et de méthodes pour aider les personnes affligées d'un handicap à les surmonter afin qu'elles puissent avoir accès à la justice et participer au procès. Les personnes qui ne peuvent voir ou entendre ou dont la mobilité est réduite y prennent part. Si la communication devient parfois plus difficile, les efforts déployés et les règles établies pour surmonter ces obstacles tendent à améliorer la qualité du processus de communication. À l'inverse, le port du niqab ne favorise pas les actes de communication. Il les restreint. Il coupe le témoin de certains aspects des actes de communication en raison de l'affirmation d'une croyance religieuse, dans des circonstances où il est difficile d'apprécier ou même de mettre en question la sincérité et la solidité de cette croyance. Le niqab soustrait le témoin à une interaction complète avec les parties, leurs avocats, le juge et, s'il y a lieu, les jurés.

[78] Une interdiction claire de porter le niqab respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l'intégrité de celui-ci en tant qu'acte de communication. Cette interdiction s'accorderait également avec la tradition selon laquelle la justice est rendue publiquement et accessible à tous les membres de notre société démocratique. L'interdiction devrait s'appliquer à tous les stades d'une instance criminelle, à l'enquête préliminaire comme au procès lui-même. En fait, les questions de preuve se posent et évoluent aux différentes étapes de la procédure pénale, et elles influent sur le déroulement du processus de communication au cours du procès.

[79] Vu la manière dont le procès et les appels ont été instruits, je souscris au dispositif proposé par la Juge en chef. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire au juge présidant l'enquête préliminaire, l'étape où cette affaire criminelle reste enlisée depuis des années en raison des problèmes que notre Cour essaie maintenant de résoudre.

The following are the reasons delivered by

ABELLA J. (dissenting) —

Introduction

[80] Controversy hovers over the context of this case: whether the niqab is mandatory for Muslim women or whether it marginalizes the women who wear it; whether it enhances multiculturalism or whether it demeans it. These are complex issues about which reasonable people can and do strenuously disagree. But we are not required to try to resolve any of these or related conceptual issues in this case, we are required to try to transcend them in order to answer only one question: Where identity is not an issue, should a witness' sincerely held religious belief that a niqab must be worn in a courtroom, yield to an accused's ability to see her face. In other words, is the harm to the accused's fair trial rights in not being able to see a witness' entire face, greater than the harm to that witness' religious rights.

[81] N.S., the complainant, is alleging that she was repeatedly sexually assaulted by the accused while she was a child. She asserts that her religious beliefs require her to wear a niqab — a veil which covers her face but not her eyes — while testifying in front of any man who is not a direct family member. The accused argues that his right to a fair trial requires that he, his counsel, and the judge be able to see N.S.'s face during her testimony and cross-examination. The issue, therefore, is weighing the competing harms.

[82] I concede without reservation that seeing more of a witness' facial expressions is better than seeing less. What I am not willing to concede, however, is that seeing less is so impairing of a judge's or an accused's ability to assess the credibility of a witness, that the complainant will have to choose

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) —

Introduction

[80] La controverse plane sur le contexte de la présente affaire : le port du niqab est-il obligatoire pour les musulmanes; est-ce qu'il marginalise les femmes qui le portent; est-ce qu'il enrichit le multiculturalisme ou s'il le rabaisse? Il s'agit de questions complexes au sujet desquelles les gens raisonnables peuvent exprimer — et expriment — vigoureusement leur désaccord. Cependant, on ne nous demande pas d'essayer de résoudre ces questions ou les questions conceptuelles qui s'y rapportent, mais de tenter de les transcender afin de répondre à une seule question : il s'agit de savoir si, dans le cas où l'identité n'est pas en cause, la croyance religieuse sincère d'un témoin qu'elle doit porter le niqab dans la salle d'audience doit être écartée pour que l'accusé puisse voir son visage. Autrement dit, il faut se demander si l'atteinte aux droits de l'accusé à un procès équitable, parce qu'il ne peut pas voir entièrement le visage d'un témoin, est plus grave que l'atteinte aux droits religieux de ce témoin.

[81] La plaignante, N.S., allègue avoir été agressée sexuellement par l'accusé à plusieurs reprises durant son enfance. Elle affirme que ses croyances religieuses l'obligent à porter le niqab — un voile qui recouvre son visage, mais non ses yeux — lorsqu'elle témoigne en présence d'un homme qui n'est pas membre de sa famille immédiate. L'accusé soutient que son droit à un procès équitable exige que lui-même, son avocat et le juge soient en mesure de voir le visage de N.S. lors de son témoignage et de son contre-interrogatoire. La question en litige porte donc sur la mise en balance des atteintes à des droits opposés.

[82] J'admets sans réserve qu'il est préférable de voir plus que moins les expressions faciales des témoins. Ce que je ne suis pas disposée à admettre, toutefois, c'est que le fait de voir moins les expressions faciales du témoin empêche un juge ou un accusé d'apprécier sa crédibilité au point qu'il faille

between her religious rights and her ability to bear witness against an alleged aggressor. This also has the potential to impair the rights of an accused, who may find herself having to choose between her religious rights and giving evidence in her own defence. The court system has many examples of accepting evidence from witnesses who are unable to testify under ideal circumstances because of visual, oral, or aural impediments. I am unable to see why witnesses who wear niqabs should be treated any differently.

contraindre une plaignante à choisir entre ses droits religieux et sa faculté de témoigner contre une personne qui l'aurait agressée. Une telle solution pourrait également porter atteinte aux droits d'une accusée, qui peut se trouver à devoir choisir entre ses droits religieux et la présentation d'un témoignage pour sa propre défense. Le système judiciaire présente nombre d'exemples où les tribunaux acceptent les dépositions de personnes qui ne peuvent témoigner dans des conditions idéales à cause d'un handicap visuel, oral ou auditif. Je n'arrive pas à voir pourquoi les femmes qui témoignent en portant le niqab devraient être traitées différemment.

[83] I would, however, make an exception in cases where the accused can demonstrate that the witness' face is directly relevant to the case, such as where the witness' identity is in issue. In such cases, seeing the witness' face is central to the issues at trial, rather than merely being a part of the assessment of demeanour.

[83] Je suis toutefois d'avis de faire exception dans les cas où l'accusé est à même de démontrer que le visage du témoin est directement pertinent à l'instance, notamment lorsque l'identité de ce dernier est en cause. Dans de tels cas, le fait de voir le visage du témoin est crucial à l'égard des questions débattues au procès et ne constitue pas simplement un facteur de l'appréciation du comportement du témoin.

Analysis

Analyse

[84] I agree with the majority that the issue at the first stage of the analysis is whether N.S.'s claim to wear a niqab while testifying is grounded in the guarantee of freedom of religion in s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is no question that an order requiring N.S. to remove her niqab in the courtroom would interfere with her freedom of religion in a substantial manner: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32.

[84] Je partage l'avis des juges majoritaires que la première étape de l'analyse consiste à déterminer si la revendication par N.S. du droit de porter le niqab durant son témoignage repose sur la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne fait aucun doute qu'une ordonnance enjoignant à N.S. d'enlever son niqab dans la salle d'audience porterait gravement atteinte à sa liberté de religion : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32.

[85] Where both sets of competing *Charter* interests are shown to be engaged, the next step is to attempt to reconcile them though reasonably available alternative measures, or accommodation. But where the rights cannot be reconciled, a "true conflict" is made out, and the court will be required to balance the interests at stake: *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 50. In the context of a witness wearing the niqab, I see very little realistic possibility for accommodation.

[85] S'il est démontré que deux ensembles de droits opposés garantis par la *Charte* entrent en jeu, il faut alors tenter de les concilier par d'autres mesures raisonnables ou un compromis. Toutefois, lorsque les droits en cause sont inconciliables, il y a « véritablement conflit », et le tribunal devra soupeser les intérêts en cause : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50. En présence d'un témoin portant le niqab, je ne vois en réalité qu'une très faible possibilité d'atteindre un compromis.

[86] The crux of this case, therefore, is whether the impact of not having full access to the usual "demeanour assessment package" can be said to so materially harm trial fairness that the religious right must yield. In my view, with very limited exceptions, the harm to a complainant of requiring her to remove her niqab while testifying will generally outweigh any harm to trial fairness.

[87] This Court has adopted a low threshold when it comes to establishing sincerity of belief. Inquiries into sincerity are to be "as limited as possible", intended "only to ensure that a presently asserted religious belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice": *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 52. As a result, sincerity of belief is only the first step through the gate in the discussion regarding a claimant's freedom of religion: *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 S.C.R. 235, at paras. 2 and 26-27.

[88] In my view, particularly in the context of this case, a probing inquiry into the claimant's sincerity of belief is unwarranted. For a start, it is unclear what sort of evidence a court would actually require in order for the claimant to establish a sincerity of religious practice: Sara Weinrib, "An Exemption for Sincere Believers: The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*" (2011), 56 *McGill L.J.* 719, at p. 728. Rigorous focus on a claimant's past religious practice to determine whether his or her current beliefs are sincerely held is largely inconclusive, as are the beliefs of co-religionists given the spectrum of beliefs and practices even within the same religion: *Amselem*, at para. 53. Moreover, it strikes me as manifestly unrealistic to assume that a witness would insincerely wear the niqab in an effort to gain some sort of testimonial advantage. As a result, I agree that the preliminary inquiry judge improperly focussed on N.S.'s decision to remove her niqab when having her driver's licence photo taken and at potential security checks. The record shows that N.S. has worn her niqab for five years in sincere religious

[86] Il s'agit donc essentiellement en l'espèce de savoir si l'on peut affirmer que les conséquences d'un accès limité à « l'ensemble des éléments du comportement » habituellement évalués sont tellement préjudiciables à l'équité du procès que le droit religieux doit céder le pas. J'estime que, sous réserve d'exceptions très limitées, le préjudice que l'on cause à une plaignante en l'obligeant à enlever son niqab durant son témoignage l'emporte généralement sur toute atteinte à l'équité du procès.

[87] Notre Cour a retenu un critère peu exigeant pour établir la sincérité d'une croyance. L'examen de la sincérité doit être « aussi restreint que possible » et viser « uniquement [à] s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice » : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 52. Par conséquent, la sincérité d'une croyance n'est que le premier élément à examiner dans l'analyse de la liberté de religion d'un demandeur : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 2 et 26-27.

[88] À mon sens, il est injustifié d'examiner à fond la sincérité de la croyance du demandeur, surtout dans le contexte de la présente affaire. Tout d'abord, on ne connaît pas vraiment le type de preuve dont aurait effectivement besoin le tribunal pour que le demandeur établisse la sincérité d'une pratique religieuse : Sara Weinrib, « An Exemption for Sincere Believers : The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2011), 56 *R.D. McGill* 719, p. 728. L'analyse rigoureuse des pratiques religieuses antérieures d'un demandeur en vue de déterminer la sincérité de ses croyances courantes est très peu concluante, tout comme les croyances de ses coreligionnaires étant donné le spectre des croyances et des pratiques, même au sein d'une même religion : *Amselem*, par. 53. Qui plus est, il me semble manifestement irréaliste de supposer qu'un témoin porterait le niqab de mauvaise foi dans le but d'en tirer un quelconque avantage lors de sa déposition. Par conséquent, je suis également d'avis que le juge présidant l'enquête préliminaire a mis à tort l'accent sur la décision de N.S. d'enlever son niqab au moment où elle s'est

observance. In my view, she met the sincerity threshold.

fait photographier pour son permis de conduire et à l'occasion de vérifications de sécurité éventuelles. Il ressort du dossier que pendant cinq ans, N.S. a porté le niqab en observance sincère de sa religion. À mon avis, elle a répondu au critère de sincérité.

[89] With great respect, however, I disagree with the majority that the "strength" of a witness' belief, while not relevant in assessing the witness' *prima facie* religious claim, *is* nonetheless somehow relevant when balancing that claim against trial fairness. It is unclear to me how a claimant's "strength" of belief — particularly given the highly subjective and imprecise nature of the freedom of religion analysis — affects the protection a claimant should be afforded under the *Charter*. Such an approach, in my respectful view, risks re-entering into inappropriate inquiries into a claimant's past practices, or into the extent to which a claimant's practices follow a religion's orthodox traditions.

[89] En toute déférence toutefois, je ne partage pas l'avis des juges majoritaires que, même si elle n'est pas pertinente pour apprécier le droit religieux *prima facie* revendiqué par le témoin, la « force » de sa croyance *a* néanmoins une quelque pertinence lorsqu'il s'agit de pondérer ce droit en regard de l'équité du procès. Je vois mal en quoi la « force » de la croyance d'un demandeur modifie la protection que la *Charte* devrait lui conférer, compte tenu surtout de la nature très subjective et imprécise de l'analyse portant sur la liberté de religion. À mon humble avis, une telle approche risque de nous ramener à l'examen inapproprié des pratiques antérieures d'un demandeur ou de la mesure dans laquelle il se conforme à des traditions religieuses orthodoxes.

[90] The next stage of the analysis is to ask whether permitting the witness to wear the niqab while testifying creates a serious risk to trial fairness. The accused argues that allowing N.S. to testify with her face covered by a niqab violates his right to a fair trial both by preventing effective cross-examination and by presenting an obstacle to the trier of fact's ability to assess her credibility. This brings us to the heart of the issue.

[90] La prochaine étape de l'analyse consiste à déterminer si le fait d'autoriser le témoin à porter le niqab durant sa déposition risque sérieusement de compromettre l'équité du procès. Selon l'accusé, le fait d'autoriser N.S. à témoigner avec le visage voilé par un niqab viole son droit à un procès équitable à la fois en faisant obstacle à un contre-interrogatoire efficace et en faisant obstacle à la faculté du juge des faits d'apprécier la crédibilité de N.S. Cela nous amène au cœur du litige.

[91] There can be no doubt that the assessment of a witness' demeanour is easier if it is based on being able to scrutinize the whole demeanour package — face, body language, voice, etc. Nor is there any doubt that historically and ideally, we *expect* to see a witness' face when he or she is testifying. That, however, is different from concluding that unless the entire package is available for scrutiny, a witness'credibility cannot adequately be weighed.

[91] Il ne fait aucun doute qu'on peut évaluer plus facilement le comportement d'un témoin lorsqu'on est à même d'en examiner l'ensemble des éléments : le visage, le langage corporel, la voix, etc. Il ne fait aucun doute non plus qu'idéalement, nous nous *attendons*, et ce depuis longtemps, à voir le visage du témoin durant sa déposition. Cela ne revient cependant pas à conclure qu'il est impossible de bien apprécier la crédibilité d'un témoin si l'on ne peut pas observer l'ensemble des éléments de son comportement.

[92] To start, while I think it is clear that witnesses in common law criminal courts are expected

[92] Tout d'abord, il me paraît évident qu'on attend des témoins comparaissant devant les

to testify with their faces visible to counsel and the trier of fact, it does not follow that if they are unable to do so, they cannot testify. A general expectation is not the same as a general rule, and there is no need to enshrine an historic practice into a "common law" requirement. Canada's justice journey has absorbed and accommodated an evolutionary recognition that while history assists in understanding the past, it need not necessarily command the future. That is why we have come to use screens for children, interpreters for those without facility in our official languages, and a myriad of other means to facilitate a witness' ability to give evidence in the courtroom. As this case demonstrates, courts are engaged in a constant process of reconciling historic expectations and practices with the *Charter*'s vision.

cours criminelles de common law qu'ils exposent leur visage au regard des avocats et du juge des fait durant leur déposition, mais il ne s'ensuit pas qu'une personne ne pouvant pas dévoiler son visage est inhabile à témoigner. Une attente générale diffère d'une règle générale, et point n'est besoin de faire d'une pratique ancienne une exigence « de la common law ». Le parcours de la justice canadienne a intégré — et composé avec — une reconnaissance évolutive du fait que, si l'histoire aide à saisir le passé, elle n'est pas nécessairement garante de l'avenir. C'est pourquoi nous en sommes venus à utiliser des écrans pour les enfants, à faire appel à des interprètes dans le cas des personnes qui ont du mal à s'exprimer dans nos langues officielles, et à employer une foule d'autres moyens pour aider une personne à témoigner en salle d'audience. Comme le démontre la présente affaire, les tribunaux concilient constamment les attentes et les pratiques de longue date avec la vision de la *Charte*.

[93] A number of interests are engaged when a witness is not permitted to wear her niqab while testifying. First, she is prevented from being able to act in accordance with her religious beliefs. As noted by Martha C. Nussbaum, religious requirements are experienced as "obligatory and nonoptional", that is, as not providing a genuine choice to the religious believer:

> . . . laws . . . often put religious minorities in something like Antigone's dilemma: either they have to violate a sacred requirement or they have to break the law and/or forfeit some state-granted privilege.

(*Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), at pp. 117 and 167)

[93] Plusieurs intérêts entrent en jeu lorsqu'il est interdit à une femme de porter le niqab au cours de sa déposition. Premièrement, elle ne peut pas se conformer à ses croyances religieuses. Comme l'a souligné Martha C. Nussbaum, les préceptes religieux sont considérés [TRADUCTION] « obligatoires et non facultatifs », c'est-à-dire qu'ils n'offrent pas un véritable choix à l'adepte religieux :

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

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

[94] This has the effect of forcing a witness to choose between her religious beliefs and her ability to participate in the justice system: Natasha Bakht, "Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms", in Ralph Grillo et al., eds., *Legal Practice and Cultural Diversity* (2009), 115, at p. 128. As a result, as the majority notes, complainants who sincerely believe

[94] Cette situation a pour effet d'obliger un témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice : Natasha Bakht, « Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms », dans Ralph Grillo et autres, dir., *Legal Practice and Cultural Diversity* (2009), 115, p. 128. En conséquence, comme le font remarquer

that their religion requires them to wear the niqab in public, may choose not to bring charges for crimes they allege have been committed against them, or, more generally, may resist being a witness in someone else's trial. It is worth pointing out as well that where the witness is the accused, she will be unable to give evidence in her own defence. To those affected, this is like hanging a sign over the courtroom door saying "Religious minorities not welcome".

les juges majoritaires, les plaignantes qui croient sincèrement que leur religion les oblige à porter le niqab en public peuvent choisir de ne pas porter d'accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit ou, de façon plus générale, de ne pas accepter de témoigner au procès d'une autre personne. Il convient de signaler aussi que si le témoin est l'accusée, elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense. Pour les personnes touchées, cela revient à poser au-dessus de la porte de la salle d'audience une affiche disant : « Les minorités religieuses ne sont pas les bienvenues. »

[95] The order requiring a witness to remove her niqab must also be understood in the context of a complainant alleging sexual assault. As this Court stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, "an assessment of the fairness of the trial process must be made 'from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant' and not just the accused" (para. 72): see also *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, *per* McLachlin J., at para. 193. Creating a judicial environment where victims are further inhibited by being asked to choose between their religious rights and their right to seek justice, undermines the public perception of fairness not only of the trial, but of the justice system itself.

[95] Il faut également situer l'ordonnance enjoignant à un témoin d'enlever son niqab dans le contexte d'une plainte d'agression sexuelle. Comme l'a mentionné notre Cour dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, « l'équité du processus judiciaire doit être considérée "du point de vue de la collectivité et du plaignant", et non pas uniquement du point de vue de l'accusé » (par. 72); voir aussi *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la juge McLachlin, par. 193. La création d'un environnement judiciaire où l'on gêne davantage les victimes en leur demandant de choisir entre leurs droits religieux et le droit d'obtenir justice ternit l'image d'équité que se fait le public non seulement du procès, mais du système de justice lui-même.

[96] The majority's conclusion that being unable to see the witness' face is acceptable from a fair trial perspective if the evidence is "uncontested", essentially means that sexual assault complainants, whose evidence will inevitably be contested, will be forced to choose between laying a complaint and wearing a niqab, which, as previously noted, may be no meaningful choice at all.

[96] La conclusion de la majorité que l'impossibilité de voir le visage du témoin est acceptable du point de vue de l'équité du procès si le témoignage « n'est pas contesté » force essentiellement la plaignante dans un cas d'agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, à choisir entre le dépôt d'une plainte et le port du niqab, ce qui, comme je l'ai déjà dit, ne constitue peut-être pas du tout un véritable choix.

[97] This brings us to the extent to which N.S., by exercising her freedom of religion in wearing a niqab, harms the accused's fair trial rights. The right to a fair trial is crucial to the presumption of innocence and maintaining confidence in the criminal justice system. While I agree that witnesses generally and ideally testify with their faces uncovered

[97] Ce qui nous amène à examiner la mesure dans laquelle N.S. porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable si elle porte le niqab dans l'exercice de sa liberté de religion. Le droit à un procès équitable est fondamental pour la présomption d'innocence et le maintien de la confiance dans le système de justice pénale. Bien que je sois d'accord pour dire

in open court, abridgements of this "ideal" often occur in practice yet are almost always tolerated.

que les témoins exposent généralement et idéalement leur visage quand ils témoignent en audience publique, les écarts à cet « idéal » sont monnaie courante dans les faits et ils sont presque toujours tolérés.

[98] "Demeanour" has been broadly described as "every visible or audible form of self-expression manifested by a witness whether fixed or variable, voluntary or involuntary, simple or complex": Barry R. Morrison, Laura L. Porter and Ian H. Fraser, "The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses" (2007), 33 *Advocates' Q.* 170, at p. 179. Trial judges often rely on many indicators *other than* facial cues in finding a witness credible, including

[98] Le « comportement » a été décrit de façon générale comme [TRADUCTION] « toute forme d'expression visible ou audible d'un témoin, qu'elle soit constante ou variable, volontaire ou non, simple ou complexe » : Barry R. Morrison, Laura L. Porter et Ian H. Fraser, « The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses » (2007), 33 *Advocates' Q.* 170, p. 179. Le juge du procès s'appuie fréquemment sur de nombreux indices *autres que* les signaux faciaux pour juger crédible un témoin, y compris

> certitude in speaking, dignity while on the stand, exhibition of disability, exhibition of anger, exhibition of frustration, articulate speaking, thoughtful presentation, enthusiastic language, direct non-evasive answering, non-glib answering, exhibition of modesty, exhibition of flexibility, normal (as in as expected) body movement, cheerful attitude, kind manner, normal exhalation, normal inhalation. . . .
>
> (Morrison, at p. 189)

> [TRADUCTION] l'assurance des propos, la dignité affichée à la barre, une manifestation d'un handicap, de colère ou de frustration, des propos articulés, un exposé réfléchi, un langage enthousiaste, des réponses directes et précises, des réponses données avec respect, une manifestation de modestie, de souplesse, des gestes normaux (auxquels on s'attend), la bonne humeur, l'amabilité, une expiration et une inspiration normales. . .
>
> (Morrison, p. 189)

[99] Moreover, while the ability to assess a witness' demeanour is an important component of trial fairness, many courts have noted its limitations for drawing accurate inferences about credibility. In *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, for example, the British Columbia Court of Appeal held that relying on the "appearance of sincerity [would lead to] a purely arbitrary finding and justice would then depend upon the best actors in the witness box" (p. 356). According to the court, demeanour "is but one of the elements that enter into the credibility . . . of a witness", with other factors including the witness' opportunity for knowledge, powers of observation, judgment, memory and ability to describe clearly what he or she has seen and heard (pp. 356-57).

[99] En outre, la possibilité d'évaluer le comportement du témoin est un élément important de l'équité du procès, mais de nombreux tribunaux ont souligné qu'elle est d'une utilité limitée pour tirer des conclusions exactes quant à la crédibilité. Par exemple, dans *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que le fait de se fonder sur [TRADUCTION] « l'apparence de sincérité [mènerait à] une conclusion purement arbitraire, et la justice dépendrait alors des meilleurs acteurs venus témoigner » (p. 356). Selon la cour, le comportement « n'est qu'un des éléments qui touchent à la crédibilité [. . .] d'un témoin », auxquels s'ajoutent les faits que le témoin a pu connaître, ses facultés d'observation, son jugement, sa mémoire et son aptitude à décrire clairement ce qu'il a vu ou entendu (p. 356-357).

[100] The Court of Appeal for Alberta similarly urged caution in relying on demeanour in *R. v. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138:

[100] Dans l'arrêt *R. c. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138, la Cour d'appel de l'Alberta a de même exhorté à la prudence quand il s'agit de s'appuyer sur le comportement :

I question whether the respect given to our findings of fact based on the demeanour of the witnesses is always deserved. I doubt my own ability, and sometimes that of other judges, to discern from a witness's demeanour, or the tone of his voice, whether he is telling the truth. He speaks hesitantly. Is it the mark of a cautious man, whose statements are for that reason to be respected, or is he taking time to fabricate? Is the emphatic witness putting on an act to deceive me, or is he speaking from the fullness of his heart, knowing that he is right? Is he likely to be more truthful if he looks me straight in the face than if he casts his eyes on the ground, perhaps from shyness or a natural timidity? For my part I rely on these considerations as little as I can help.

… I judge a witness to be unreliable if his evidence is, in any serious respect, inconsistent with these undisputed or indisputable facts, or of course if he contradicts himself on important points. I rely as little as possible on such deceptive matters as his demeanour. [para. 18]

(Citing a 1973 paper by Justice MacKenna and approvingly quoted in P. Devlin, *The Judge* (1979), at p. 63.)

See also *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71, at p. 81.

[101] The Canadian Judicial Council's model jury instructions also acknowledge the inherent limitations in relying on demeanour:

What was the witness's manner when he or she testified? Do not jump to conclusions, however, based entirely on the witness's manner. Looks can be deceiving. Giving evidence in a trial is not a common experience for many witnesses. People react and appear differently. Witnesses come from different backgrounds. They have different intellects, abilities, values, and life experiences. There are simply too many variables to make the manner in which a witness testifies the only or the most important factor in your decision.

(Model Jury Instructions, Part I, Preliminary Instructions, 4.11 Assessing Testimony (online))

[102] And courts regularly accept the testimony of witnesses whose demeanour can only be

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

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

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

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

[101] Les limites inhérentes au fait de s'appuyer sur le comportement sont aussi reconnues dans les modèles de directives au jury du Conseil canadien de la magistrature :

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

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

[102] Et les tribunaux acceptent régulièrement les dépositions des témoins dont ils ne peuvent

partially observed. Section 14 of the *Charter*, for example, states that a witness who cannot hear, or who does not understand or speak the language used in the proceedings, has the right to the assistance of an interpreter. In such cases, "the trial judge ha[s] to make credibility findings through the filters of the interpreters": *R. v. A.F.* (2005), 376 A.R. 124 (C.A.), at para. 3; see also *R. v. R.S.M.*, 1999 BCCA 218 (CanLII), at paras. 12-14. The use of an interpreter may well have an impact on how the witness' demeanour is understood, but it is beyond dispute that interpreters render the assessment of demeanour neither impossible nor impracticable. As stated by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Davis* (1995), 165 A.R. 243:

> The interpreter is usually calm and professional and so the English interpretation heard by the judge is done in a calm, non-contentious manner. There is a brief time delay allowing the witness, who [might] understand English, more time to provide her answer. An interpreter no doubt communicates in appropriate language when possible, and may well improve upon the explanation of the witness. I do not suggest for a moment that is done dishonestly, but rather because there may often be no more appropriate translation.
>
> *This is not to say that witnesses who testify through interpreters can never demonstrate demeanour.* They can and do, and the assessment of that demeanour may help a fact-finder determine truth. [Emphasis added; paras. 18-19.]

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

> [TRADUCTION] D'habitude, l'interprète est calme et fait preuve de professionnalisme, et il s'adresse donc en anglais au juge avec calme et sans hostilité. Une brève pause donne au témoin, qui comprend [peut-être] l'anglais, plus de temps pour répondre. L'interprète s'exprime sans doute en des termes appropriés lorsque cela est possible, et peut fort bien éclaircir l'explication du témoin. Je ne laisse aucunement entendre qu'il le fait avec malhonnêteté; il le fait plutôt parce qu'il n'y a souvent aucune meilleure traduction.
>
> *Cela ne veut pas dire que les témoins qui déposent par l'intermédiaire d'un interprète ne peuvent jamais manifester leur comportement.* Ils peuvent le faire et ils le font, et l'évaluation de leur comportement peut aider le juge des faits à établir la vérité. [Italiques ajoutés; par. 18-19.]

[103] A witness may also have physical or medical limitations that affect a judge's or lawyer's ability to assess demeanour. A stroke may interfere with facial expressions; an illness may affect body movements; and a speech impairment may affect the manner of speaking. All of these are departures from the demeanour ideal, yet none has ever been held to disqualify the witness from giving his or her evidence on the grounds that the accused's fair trial rights are thereby impaired.

[103] Il arrive aussi que la déficience physique ou les restrictions médicales du témoin influent sur la capacité du juge ou des avocats d'évaluer son comportement. Un accident vasculaire cérébral peut nuire à l'expression du visage; une maladie peut avoir une incidence sur les mouvements du corps; et un trouble de la parole peut influer sur l'expression orale. Tous ces problèmes constituent des écarts par rapport aux circonstances idéales pour l'évaluation du comportement, mais aucun d'entre eux n'a été considéré comme rendant le témoin inhabile à témoigner au motif qu'ils portent de ce fait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

[104] There are other situations where we accept a witness' evidence without being able to assess demeanour at all. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, permits a judge to order and admit a transcript of evidence by a witness who is unable to attend the trial because of a disability, even when the accused's counsel is not present for the taking of the evidence: ss. 709 and 713. Courts also allow witnesses, including material witnesses, to give evidence and be cross-examined by telephone: *Criminal Code*, s. 714.3; see also *R. v. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. v. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 (N.L. Prov. Ct.).

[104] Il y a d'autres situations où les tribunaux acceptent la déposition d'un témoin sans être aucunement en mesure d'évaluer son comportement. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise le juge à ordonner et à admettre en preuve la transcription du témoignage d'un témoin qui se trouve dans l'impossibilité d'assister au procès en raison d'une incapacité, même si l'avocat de l'accusé n'est pas présent lorsque la déposition est recueillie : art. 709 et 713. De plus, les tribunaux permettent aux témoins, y compris aux témoins importants, de déposer et d'être contre-interrogés par téléphone : *Code criminel*, art. 714.3; voir aussi *R. c. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. c. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 (C. prov. T.-N.-L.).

[105] Exceptions to hearsay evidence are another example where the trier of fact is completely unable to assess the demeanour of the person whose statement is being admitted as evidence. In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, McLachlin J. developed a principled exception to the hearsay rule where the statement met the requirements of necessity and reliability (p. 542), with the result that the Court in a sexual assault case admitted the statement of a three-year-old child to her mother because it was unrealistic to require the child to testify and undergo cross-examination. The Court noted that "in most cases the concerns of the accused as to credibility [can] be addressed by submissions as to the weight to be accorded to the evidence" (p. 547).

[105] Les exceptions à la règle du ouï-dire sont d'autres exemples de situations où le juge des faits est tout à fait incapable d'évaluer le comportement de l'auteur de la déclaration admise en preuve. Dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la juge McLachlin a établi une exception de principe à la règle du ouï-dire dans les cas où la déclaration répond aux exigences de la nécessité et de la fiabilité (p. 542), de sorte que, dans une affaire d'agression sexuelle, la Cour a admis les propos adressés par une enfant de trois ans à sa mère parce qu'il n'était pas réaliste d'obliger cette enfant à témoigner et à subir un contre-interrogatoire. La Cour a souligné que, « dans la plupart des cas, les préoccupations de l'accusé quant à la crédibilité [peuvent] être traitées au moyen d'arguments quant au poids à accorder au témoignage » (p. 547).

[106] Wearing a niqab presents only a partial obstacle to the assessment of demeanour. A witness wearing a niqab may still express herself through her eyes, body language, and gestures. Moreover, the niqab has no effect on the witness'verbal testimony, including the tone and inflection of her voice, the cadence of her speech, or, most significantly, the substance of the answers she gives. Unlike out-of-court statements, defence counsel still has the opportunity to rigorously cross-examine N.S. on the witness stand.

[106] Le port du niqab ne fait que partiellement obstacle à l'évaluation du comportement. Le témoin portant un niqab peut néanmoins s'exprimer par son regard, son langage corporel et ses gestes. De plus, le niqab n'a aucune incidence sur la déposition orale du témoin, y compris le ton et l'inflexion de sa voix, le rythme de ses propos ou, plus important encore, la teneur de ses réponses. Contrairement au cas des déclarations faites à l'extérieur de la salle d'audience, il est toujours loisible à l'avocat de la défense de contre-interroger rigoureusement N.S. durant son témoignage.

[107] It is clear from all of this that trial fairness cannot reasonably expect ideal testimony from an ideal witness in every case, and that demeanour itself represents only one factor in the assessment of a witness' credibility. As Morden A.C.J.O. noted in *R. v. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), the ideal is subject to several exceptions and qualifications in the interests of justice:

> Accepting that [face-to-face confrontation] is a right, of a kind, I do not think that it can be said to be an absolute right, in itself, which reflects a basic tenet of our legal system. It is a right which is subject to qualification in the interests of justice.
>
> The reason underlying the right is said to be that it is more difficult not to tell the truth about a person when looking at that person eye to eye. . . . [B]ut . . . it is difficult to dogmatize about this — and in some cases . . . eye to eye contact may frustrate the obtaining of as true an account from the witness as is possible. This is why I think the right is more accurately considered to be one that is subject to exceptions or qualifications rather than a fundamental or absolute one. [p. 367]

[108] And since, realistically, not being able to see a witness' whole face is only a partial interference with what is, in any event, only one part of an imprecise measuring tool of credibility, we are left to wonder why we demand full "demeanour access" where religious belief prevents it.

[109] In my view, therefore, the harmful effects of requiring a witness to remove her niqab, with the result that she will likely not testify, bring charges in the first place, or, if she is the accused, be unable to testify in her own defence, is a significantly more harmful consequence than not being able to see a witness' whole face.

[110] Since, in my view, N.S.'s sincerity has been established, I see no reason to require her to remove her niqab. I would therefore allow the appeal and

[107] Il appert de tout ce qui précède que l'équité du procès ne saurait raisonnablement exiger une déposition idéale d'un témoin parfait dans tous les cas, et que le comportement n'est qu'un des facteurs qui entrent dans l'appréciation de la crédibilité d'un témoin. Comme l'a fait remarquer le juge en chef adjoint Morden dans *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), l'idéal est susceptible de plusieurs exceptions et restrictions dans l'intérêt de la justice.

> [TRADUCTION] Bien que reconnaissant [que la confrontation directe est], d'une certaine façon, un droit, je ne crois pas que l'on puisse dire qu'[elle] constitue en soi un droit absolu qui traduit un précepte fondamental de notre système judiciaire. C'est un droit dont la portée est susceptible de restriction dans l'intérêt de la justice.
>
> La raison d'être du droit serait qu'il est plus difficile de mentir au sujet d'une personne lorsqu'on la regarde droit dans les yeux. [. . .] [M]ais [. . .] il est difficile d'en faire un dogme et, dans certains cas [. . .] le contact visuel peut empêcher l'obtention d'un récit le plus véridique possible du témoin. C'est pourquoi je crois qu'il est plus exact de considérer ce droit comme étant susceptible d'exceptions ou de restrictions plutôt que comme un droit fondamental ou absolu. [p. 367]

[108] Et puisque, de façon réaliste, l'impossibilité d'observer tout le visage d'un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue, de toute façon, un simple élément d'un outil imprécis d'appréciation de la crédibilité, force est de se demander pourquoi nous exigeons que tout le comportement puisse être observé dans les cas où une croyance religieuse s'y oppose.

[109] J'estime donc que les effets préjudiciables de l'imposition, à la personne appelée à témoigner, de l'obligation d'enlever son niqab, avec la conséquence qu'elle ne témoignera probablement pas, qu'elle ne portera pas d'accusation en premier lieu ou, si elle est accusée, qu'elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense, sont beaucoup plus importants que ceux de l'impossibilité de voir tout le visage d'un témoin.

[110] Puisque la sincérité de N.S. me semble avoir été établie, je ne vois aucune raison de l'obliger à enlever son niqab. Je suis donc d'avis d'accueillir

remit the matter to the preliminary inquiry for continuation, directing that N.S. be permitted to wear her niqab throughout both the preliminary inquiry and any trial that may follow.

Appeal dismissed, ABELLA J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: David B. Butt, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent M-d S.: Michael Dineen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Norton Rose OR, Toronto; Simcoe Chambers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Muslim Canadian Congress: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: BCF, Montréal; Barreau du Québec, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Green & Chercover, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

le pourvoi et de renvoyer l'affaire pour poursuite de l'enquête préliminaire en ordonnant qu'il soit permis à N.S. de porter le niqab au cours de l'enquête préliminaire et de tout procès qui pourrait être intenté par la suite.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA *est dissidente.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations: Peggy Smith Law Office, Kingston.

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