

Leo Joseph Fitzpatrick

(██████████ Leading Seaman, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. FITZPATRICK

File No.: CMAC 381

Heard: Halifax, Nova Scotia, 3 October, 1995

Judgment: Halifax, Nova Scotia, 3 October, 1995

Present: Reed, Richard and Goodfellow J.J.A.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Halifax, Nova Scotia, on 13, 14, 15 and 16 September, 1994.

Sexual Assault — Acts constituting sexual assault.

The charges in this case related to a series of incidents which began when the appellant took off his clothes and flashed his penis in front of several military personnel. The incident happened during a period of "raunchy" conversation and drinking. A number of the female military members left, but after a few minutes one of the female members, Leading Seaman Hawley, returned to the mess in an angry state of mind and called the appellant a pig. The appellant responded by saying that he was hung over and could do whatever he wanted. He then leaned over and grabbed Hawley's ankles. The appellant tipped Hawley backwards on the settee, pulled her legs apart and lowered his head between her legs. Hawley struggled and escaped.

The appellant subsequently pleaded guilty to a charge of committing an indecent act with respect to the flashing. He was then tried and convicted on a charge of sexual assault relating to the assault on Hawley.

Held (Goodfellow J.A. dissenting): Appeal dismissed.

Leo Joseph Fitzpatrick

(██████████ Matelot de 1^{re} classe, Forces canadiennes) *Appellant,*

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

RÉPERTORIÉ : R. c. FITZPATRICK

N^o du greffe : CACM 381

Audience : Halifax (Nova Scotia), le 3 Octobre 1995

Jugement : Halifax (Nova Scotia), le 3 Octobre 1995

Devant : les juges Reed, Richard et Goodfellow, J.C.A.

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes d'Halifax (Nouvelle-Écosse), les 13, 14, 15 et 16 septembre 1994.

Agression sexuelle — Actes constituant l'infraction d'agression sexuelle.

Les accusations dans cette affaire se rapportaient à une série d'incidents qui a débuté lorsque l'appelant a enlevé ses vêtements et a commis un acte exhibitionniste en face de plusieurs militaires. L'incident est survenu au cours d'une période de conversation gaularde et de beuverie. Certaines militaires sont parties, mais, après quelques minutes, l'une d'elles, le matelot de 1^{re} classe Hawley est retournée au mess; elle était de mauvaise humeur et elle a traité l'appelant de cochon. L'appelant a aussitôt répondu qu'il était saoul et qu'il pouvait faire tout ce qu'il voulait. Il s'est penché et a attrapé les chevilles de Hawley. Il l'a renversée en arrière sur le canapé et a écarté ses jambes, puis il a baissé la tête entre ses jambes. Hawley s'est débattue et s'est échappée.

L'appelant a par la suite plaidé coupable à une accusation d'avoir commis un acte indécent en ce qui concerne l'exhibitionnisme. Il a alors été jugé et déclaré coupable relativement à une accusation d'agression sexuelle commise contre Hawley.

Arrêt (le juge Goodfellow, J.C.A., étant dissident) : L'appel est rejeté.

The evidence concerning the indecent act was properly considered as being relevant to the charge of sexual assault. The indecent act was the trigger for, and directly linked to the events which followed.

A sexual assault requires an assault in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. In this case, the nature of the assault was, on the facts, sexual in nature.

Per Goodfellow J.A. (dissenting): The President ought to have directed himself not as to whether the assault was or was not sexual in nature, but whether it was consistent with the physical act of grabbing a person by the ankles to throw them backwards. If the President considered that the physical act was consistent with a non-sexual assault, then at the very least reasonable doubt existed whether the assault was sexual in nature.

It was also clear that the President attached too much weight to the guilty plea and the offensiveness of the first event to elevate the second event to a sexual assault.

COUNSEL:

David J. Bright, CD, Q.C. for the appellant
Major G. Herfst, CD, for the respondent

CASES CITED:

R. v. Alderton (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (Ont. C.A.)
R. v. Chase (1987), 37 C.C.C. (3d) 97; [1987] 2 S.C.R. 293
R. v. Cook (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (B.C.C.A.)
R. v. Crawley (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 58 (Nfld. Prov. Ct.)
R. v. J. (C.) (1990), 58 C.C.C. (3d) 167 (Nfld. C.A.)
R. v. Taylor (1985), 19 C.C.C. (3d) 156 (Alta. C.A.)
Yebe v. The Queen (1987), 26 C.C.C. (3d) 417; [1987] 2 S.C.R. 168

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

REED J.A.: I have not been persuaded that the judgment of the President of the Standing Court Martial should be overturned.

With respect to the use of the evidence concerning the indecent act, it was properly considered to be relevant to the charge of sexual assault. It was close in

Dans son utilisation de la preuve relative à l'acte indécent, le juge de première instance a correctement conclu à sa pertinence relativement à l'accusation d'agression sexuelle. Cet acte a été le déclenchement et il a directement mené aux événements en question qui ont suivi.

^a L'agression sexuelle exige que l'agression soit perpétrée dans des circonstances de nature sexuelle et qu'elle soit telle qu'elle porte atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. En l'espèce, la nature de l'agression était, vu les faits, sexuelle.

^b Le juge Goodfellow, J.C.A., (dissent) : Le président aurait dû s'interroger non pas sur la question de savoir s'il s'agissait ou non d'une agression de nature sexuelle, mais sur la question de savoir si cela était conforme à l'action physique d'attraper une personne par les chevilles et de la renverser vers l'arrière. Si le juge de première instance avait considéré l'action comme n'étant pas une action de nature sexuelle, alors, tout au moins, il y avait un doute raisonnable quant à la nature sexuelle de l'agression.

AVOCATS :

David J. Bright, DC, c.r. pour l'appellant
Major G. Herfst, DC, pour l'intimée

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. v. Alderton (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.)
R. c. Chase, [1987] 2 R.C.S. 293; (1987) 37 C.C.C. (3d) 97
R. v. Cook (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (C.A.C.-B.)
R. v. Crawley (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 58 (C.P.T.-N.)
R. v. J. (C.) (1990), 58 C.C.C. (3d) 167 (C.A.T.-N.)
R. v. Taylor (1985), 19 C.C.C. (3d) 156 (C.A. Alb.)
Yebe c. La Reine, [1987] 2 R.C.S. 168; (1987), 26 C.C.C. (3d) 417

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

ⁱ LE JUGE REED, J.C.A. : Je ne suis pas convaincue que le jugement du président de la cour martiale permanente doive être écarté.

^j En ce qui concerne l'utilisation de la preuve relative à l'acte indécent, le juge de première instance a correctement conclu à sa pertinence relativement à

time. It was the trigger for, and directly linked to the events which followed. Leading Seaman Hawley returned to the lounge, after initially leaving because of the indecent act. She called Leading Seaman Fitzpatrick a pig and told him he could not do what he had done. He responded by saying that he could do whatever he wanted. He followed this by the assault which can reasonably be seen as intended to demonstrate this last statement.

With respect to the alleged contradictions in the evidence, it is clear from the transcript as a whole that the witnesses had different vantage points and different perceptions of the events. The evaluating of the evidence and the conclusions to be drawn therefrom are peculiarly matters within the province of the President. I could not conclude that because he made a finding of credibility with respect to part of the evidence of a witness, but was silent as to other parts, that he impliedly also accepted those other parts. Indeed some of the alleged contradictions, on a careful reading of the evidence, appear not, in any event, to be such¹. Many of them are also concerned with minor or peripheral matters about which one would expect observations and memories to differ. Leading Seaman Hawley made it quite clear that her evidence was being given, to the best of her ability, to recall events, 10 months after they had occurred. The President made an unequivocal finding with respect to the credibility of Leading Seaman Hawley and set out the facts as he found them.

With respect to the arguments concerning the conclusion of a reasonable observer at the time², this test does not require that a trial judge adopt the views which may be expressed by the actual witnesses to the event. He is required, as counsel suggested, to take them into account but the determination of how

¹ For example, Able Seaman Payne's evidence with respect to no screams related to the first time Leading Seaman Fitzpatrick exposed himself, not the second time he did so — Transcript page 150.

² Whether the assault would appear to a reasonable observer viewed in the light of all the circumstances to be of a sexual nature.

l'accusation d'agression sexuelle. C'était rapproché dans le temps. Cet acte a été le déclenchement et il a directement mené aux événements qui ont suivi. Heather Hawley, matelot de 1^{re} classe, est retournée au bar-salon, qu'elle avait d'abord quitté en raison de l'acte indécent. Elle a traité le matelot de 1^{re} classe Fitzpatrick de cochon et lui a dit qu'il ne pouvait pas faire ce qu'il avait fait. Ce dernier a répondu qu'il pouvait faire tout ce qu'il voulait, puis il a fait suivre ses paroles des voies de fait, que l'on peut raisonnablement interpréter comme devant servir de démonstration de ce qu'il venait d'affirmer.

En ce qui concerne l'allégation de contradictions dans la preuve, il ressort clairement de la transcription prise dans son ensemble que les témoins avaient différents points de vue et différentes perceptions des événements. L'évaluation de la preuve et les conclusions qui doivent en être tirées sont des questions qui relèvent particulièrement de la compétence du président. Je ne pourrais pas affirmer que, parce qu'il a conclu à la crédibilité d'une partie du témoignage d'un témoin, mais qu'il est resté silencieux quant aux autres parties, il a aussi accepté ces autres parties. En fait, certaines des contradictions alléguées, après une lecture attentive de la preuve, ne m'apparaissent pas, quoi qu'il en soit, comme telles¹. Bon nombre d'entre elles concernent des questions mineures ou secondaires au sujet desquelles il est normal d'avoir des différences de souvenirs et d'observations. Heather Hawley, matelot de 1^{re} classe, a très clairement affirmé qu'elle rendait, au mieux de ses capacités, un témoignage rappelant des événements survenus 10 mois auparavant. Le président a conclu sans équivoque à la crédibilité du matelot de 1^{re} classe Hawley, et a établi les faits tels qu'ils lui sont apparus.

En ce qui concerne les arguments portant sur la conclusion que pouvait tirer une personne raisonnable au moment des événements², ce critère n'exige pas du juge de première instance qu'il adopte les opinions que peuvent exprimer les témoins réels des événements. Le juge doit, comme l'ont donné à

¹ Par exemple, le témoignage rendu par Lisa Payne, matelot de 2^e classe, relativement à l'absence de cris se rapportait au premier acte exhibitionniste du matelot de 1^{re} classe Fitzpatrick, et non au deuxième — Transcription, page 150.

² Compte tenu de toutes les circonstances, les voies de fait auraient-elles paru à une personne raisonnable être de nature sexuelle?

the hypothetical reasonable observer would view the circumstances is a matter for the trial judge.

I will turn then to the last and the most contentious point in this appeal: whether the President misapplied the law in finding that there was a sexual assault rather than only a common assault. The law, as the President indicated, requires an assault in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The President concluded that that test was met in the present circumstances. The evidence supports that conclusion. The assault, as noted, was triggered by the victim's protestations concerning the earlier indecent act. There was a direct linkage between the two events. The nature of the assault, what I have referred to as its configuration, was sexual (grabbing the victim by the ankles, tipping her backwards on the settee, pulling her legs apart and lowering his head between her legs towards her crotch). These are the facts found by the President³. Leading Seaman Hawley then struggled and escaped. The President found that while some members in the lounge may have been laughing the victim was not. The President noted that the victim's distress at the incident was corroborated by Able Seaman Payne. The President referred to "the shocking and discomforting character of the assault"⁴. The President's conclusion was that the assault was a sexual assault.

Applying the test set out in *Yebes v. The Queen* (1988), 26 C.C.C. (3d) 417 (S.C.C.), whether a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have reached the verdict given, on the basis of the evidence, I conclude that the President's decision must stand. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

RICHARD J.A.: Leading Seaman Leo Joseph Fitzpatrick was tried and convicted of having sexually

entendre les avocats, prendre en considération leurs opinions, mais la réponse à la question de savoir comment cette personne raisonnable hypothétique verrait les circonstances lui incombe.

Il me faut alors examiner le dernier et le plus litigieux des points soulevés par le présent appel : le président a-t-il commis une erreur de droit en concluant qu'il y avait eu agression sexuelle plutôt que seulement des voies de fait simples? Le droit, le président a-t-il rappelé, exige que l'agression perpétrée dans des circonstances de nature sexuelle soit telle qu'elle porte atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le président a conclu que les circonstances de l'espèce satisfaisaient à ce critère. La preuve appuie cette conclusion. L'agression, comme on l'a fait remarquer, a été déclenchée par les protestations proférées par la victime au sujet de l'acte indécent qui avait eu lieu plus tôt. Il y avait un lien direct entre les deux événements. La nature de l'agression, ce que j'ai appelé sa configuration, était sexuelle (l'agresseur a saisi la victime par les chevilles, l'a renversée en arrière sur le canapé et a écarté ses jambes, puis il a baissé la tête entre ses jambes vers son bas-ventre). Ce sont les faits que le président a établis³. Heather Hawley s'est alors débattue et s'est échappée. Le président a établi que, même si certains membres présents dans le bar-salon ont ri, la victime ne riait pas. Le président a fait remarquer que l'émoi de la victime à l'égard de l'incident avait été corroboré par le matelot de 2^e classe Payne. Le président a souligné [TRADUCTION] «le caractère choquant et perturbant de l'agression»⁴. Le président a conclu que l'agression était une agression sexuelle.

Appliquant le critère établi par l'arrêt *Yebes v. The Queen* (1988), 26 C.C.C. (3d) 417 (C.S.C.), soit celui de savoir si un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit de façon judiciaire aurait pu raisonnablement rendre le même verdict à partir de la preuve, je conclus que la décision du président doit être maintenue. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE RICHARD, J.C.A. : Le matelot de 1^{re} classe Leo Joseph Fitzpatrick a été jugé et déclaré coupable

³ Transcript, pages 251 and 252.

⁴ Transcript, page 253.

³ Transcription, pages 251 et 252.

⁴ Transcription, page 253.

assaulted Leading Seaman Hawley, on board the H.M.C.S. *Cormorant*, on 21 November 1993.

He is appealing on one ground:

Did the Trial Judge err in finding him guilty of sexual assault rather than the included offence of common assault?

I have read the entire transcript of the evidence at trial — focusing on that issue — and have come to the view that there was sufficient evidence before the Trial Judge to enable him to conclude, beyond any reasonable doubt, of the accused's guilt of sexual assault.

In particular, I believe that the facts immediately leading to and including the assault itself were such as to easily allow a reasonable observer to conclude that they were done in circumstances of sexuality and that the sexual integrity of the complainant was violated.

I have carefully perused the Trial Judge's reasons for judgment and I cannot detect any error. I am in agreement with him. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

GOODFELLOW J.A. (dissenting): I am strongly mindful of the need to pay strong deference to findings of credibility by the President. He was in a position to see, hear and observe the witnesses, an important advantage not available to a justice sitting on appeal.

Nevertheless, it would be wrong to blindly accept a statement of finding of credibility that a most careful, cautious review of the evidence strongly indicates was flawed to the point of denying the accused the protection afforded by the onus upon the Crown to prove each separate charge against the accused. Obviously, there is no problem in the first charge to which the appellant pleaded guilty.

I agree with the President that generally the evidence on the first charge is admissible to show the circumstances leading up to the second charge

d'avoir agressé sexuellement le matelot de 1^{re} classe Hawley, à bord du N.C.S.M. *Cormorant*, le 21 novembre 1993.

Son appel invoque le moyen suivant:

[TRADUCTION] Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en le déclarant coupable d'agression sexuelle plutôt que de l'infraction incluse de voies de fait simples?

J'ai lu toute la transcription de la preuve déposée au procès — me concentrant sur cette question — et je suis arrivé à la conclusion qu'il y avait suffisamment de preuve devant le juge de première instance pour lui permettre de conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que l'accusé était coupable d'agression sexuelle.

Plus particulièrement, je crois que les faits qui ont mené immédiatement à l'agression et l'agression même étaient tels qu'une personne raisonnable pouvait facilement conclure à leur connotation sexuelle et qu'on avait porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante.

J'ai lu très attentivement les motifs du jugement du juge de première instance et je n'y décèle aucune erreur. Je suis d'accord avec lui. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE GOODFELLOW, J.C.A. (dissident) : J'ai bien à l'esprit la nécessité de faire preuve d'une grande déférence à l'égard des conclusions du président portant sur la crédibilité. Il était en mesure de voir, d'entendre et d'observer les témoins : un avantage certain sur tout juge siégeant en appel.

Il serait néanmoins erroné d'accepter aveuglément une affirmation concluant à la crédibilité, qu'un examen vraiment minutieux et prudent de la preuve indique fortement être fautif au point de nier à l'accusé la protection qui lui est accordée du fait que le ministère public a la charge de prouver chaque chef d'accusation séparément. Il n'y a évidemment aucun problème concernant le premier chef d'accusation, auquel l'appellant a plaidé coupable.

Je suis d'accord avec le président que, de façon générale, la preuve relative au premier chef d'accusation est admissible pour faire état des circonstances

because of several common aspects. They are related both in location and date, and some of the participating witnesses were in attendance for both events.

The President felt compelled to look in his decision for corroboration. Page 253:

In light of the corroboration provided by several witnesses, ...

Corroboration is not a requirement of sexual assault and the President felt compelled to seek corroboration of what the Crown concedes can be viewed as a weak case. This is indicative that the President must have had reasonable doubt on the evidence of the second event. It is an error of law to reach back into the guilty plea and offensive particulars on the first charge to overcome reasonable doubt.

Second error — Introducing the evidence on the first event to which the offender pleaded guilty carries with it the need of the court to caution itself that a conviction does not follow on the second charge by reason of the guilty plea or the offensiveness of the indecent act admitted.

The evidence establishes two separate and distinct events. They must be distinct, otherwise a second charge would not stand.

Properly instructed, a jury would, as the Judge failed to do, direct their minds to the act alleged as "sexual" and that the act established in the evidence, in the absence of the guilty plea or offensiveness shown on the first event, could be consistent with a non-sexual assault and indeed was. By lifting someone backwards in a confined space such as aboard this ship, when that person is sitting down, the head automatically moves forward towards the body of the other person. The Trial Judge ought to have directed himself not as to whether it was or was not a sexual act, but to whether it was consistent with the physical act of grabbing a person by the ankles to throw them backwards. If the Trial Judge had considered the act was consistent with a non-sexual act, then at the very

menant au second chef d'accusation, en raison de plusieurs aspects communs. Les deux chefs d'accusation sont à la fois liés quant au lieu et quant à la date, et certains des témoins participants étaient présents lors des deux événements.

Dans sa décision, le président s'est senti obligé de chercher la corroboration. À la page 253:

[TRADUCTION] Étant donné la corroboration fournie par plusieurs témoins, ...

La corroboration n'est pas exigée en matière d'agression sexuelle et le président s'est senti obligé de chercher la corroboration de ce que le ministère public admet comme pouvant paraître une faible preuve. Cela indique que le président doit avoir eu un doute raisonnable quant à la preuve du second événement. C'est une erreur de droit que de se reposer à nouveau sur le plaidoyer de culpabilité et les éléments offensants se rapportant au premier chef d'accusation pour surmonter un doute raisonnable.

Deuxième erreur — L'utilisation de la preuve relative au premier événement, auquel le contrevenant a plaidé coupable, implique la nécessité pour la cour de bien se rendre compte qu'il ne s'ensuit pas une déclaration de culpabilité quant au second chef d'accusation du fait du plaidoyer de culpabilité ou du caractère offensant de l'action indécente admise.

La preuve établit qu'il y a eu deux événements séparés et distincts. Il faut qu'ils soient distincts, autrement un second chef d'accusation n'aurait pas de sens.

Les membres d'un jury qui auraient reçu les directives appropriées auraient, au contraire du juge, qui a omis de le faire, porté leur attention sur l'action qualifiée de «sexuelle» et se seraient demandé si l'action établie par la preuve, en l'absence du plaidoyer de culpabilité ou du caractère offensant rattaché au premier événement, pouvait être compatible avec une agression non sexuelle, ce qui en fait était le cas. Pour quelqu'un qui soulève une personne vers l'arrière dans un espace restreint tel que celui de ce navire, alors que cette personne est assise, sa tête avance automatiquement vers le corps de l'autre personne. Le juge de première instance aurait dû s'interroger non pas sur la question de savoir s'il s'agissait ou non d'une action sexuelle, mais sur la question de

least reasonable doubt exists to which the offender was entitled to the benefit.

There is no doubt that when the first event occurred, it was in an environment of sexuality. Leading Seaman Hawley, as most people do in a ship environment, used colourful language, and the discussion related to the attempt to attend the previous evening to watch men take off their clothes. When Fitzpatrick crossed the line and flashed, there was comment upon the size of his penis and some distasteful comments from Fitzpatrick. Most of the participants were hung over and as soon as Fitzpatrick flashed, Leading Seaman Maureen Broad, Able Seaman Lisa Payne and the victim, Leading Seaman Heather Hawley all departed. They and the other witnesses described the environment essentially as one of raunchy conversation which preceded the flashing.

The second event was distinct.

There was a time lag of a few minutes before Leading Seaman Hawley returned to the confined space of the lower deck's mess and she acknowledges that she returned angry.

Page 124:

Q. Okay. An [sic] then suddenly, you said: I'm going back there because I'm mad?

A. Yes.

This was in cross-examination, and it is consistent with what she said in examination-in-chief at page 120:

Q. Okay. And what did you do after you were out into the eating area?

A. When I was in the eating area? I went out into the main flats.

Q. And where did you go?

A. Basically I got mad and I went straight back into the Master Seamen's Lower Lounge and I sat down.

savoir si cela était conforme à l'action physique d'attraper une personne par les chevilles et de la renverser vers l'arrière. Si le juge de première instance avait considéré l'action comme n'étant pas une action sexuelle, alors, tout au moins, il y avait un doute raisonnable auquel le contrevenant était en droit de bénéficier.

Il ne fait aucun doute que le premier événement est survenu dans un contexte sexuel. Le matelot de 1^{re} classe Hawley, comme la plupart des personnes le font à bord d'un navire, utilisait un langage coloré, et la discussion avait trait à la tentative de la veille au soir de voir les hommes se déshabiller. Lorsque Fitzpatrick a excédé les limites et a commis l'acte exhibitionniste, un commentaire a été fait sur la taille de son pénis, et Fitzpatrick a fait quelques commentaires de mauvais goût. La plupart des participants étaient saouls, et dès que Fitzpatrick a commis l'acte exhibitionniste, Maureen Broad, matelot de 1^{re} classe, Lisa Payne, matelot de 2^e classe, et la victime, Heather Hawley, matelot de 1^{re} classe, sont toutes parties. Ces dernières et les autres témoins ont décrit le contexte précédant l'acte exhibitionniste comme étant essentiellement gueulard.

Le second événement était distinct.

Quelques minutes se sont écoulées avant que Heather Hawley retourne dans l'espace restreint du mess des matelots et elle reconnaît qu'elle y est retournée fâchée.

Page 124 :

[TRADUCTION]

Q. Bien. Et alors, soudainement, vous avez dit: J'y retourne parce que je suis en colère?

R. Oui.

C'était durant le contre-interrogatoire, et cela est conforme avec ce qu'elle a dit au cours de l'interrogatoire, à la page 120 :

[TRADUCTION]

Q. Bien. Et qu'avez-vous fait lorsque vous vous êtes trouvée dans la section salle à manger?

R. Lorsque je me trouvais dans la section salle à manger? Je suis sortie dans la coursive principale.

Q. Et où êtes-vous allée?

R. En fait, j'étais en colère et je suis retournée directement au bar-salon des matelots-chefs et je me suis assise.

Once Leading Seaman Hawley sat down, she proceeded to tell Fitzpatrick he couldn't do things like that and that he was a pig. This brought the immediate response from Fitzpatrick to the effect that he was hung over and he could do whatever he wanted. ^a (Note: he did not say he could or would do anything sexually based.)

It was at this point that he leaned over and grabbed her ankles to upset her. She responded by kicking and yelling. ^b

It is clear that the second event took place in an environment of anger and physical response. The Crown, in its summation, page 228, described Hawley's return to the mess: ^c

... She's angry. She tells Leading Seaman Fitzpatrick that he is a pig and that he can't do that. Fitzpatrick responds that he's hungover and, importantly, he says: "I can do whatever I want". He responds to Hawley's verbal comments with physical force. ^d

The Trial Judge exhibited a knowledge of *R. v. Chase* (1987), 37 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.). MacIntyre J. stated a number of observations respecting the definition of sexual assault: ^e

- (a) the part of the body touched;
- (b) the nature of the contact;
- (c) the situation in which it occurred;
- (d) the words and gestures accompanying the act;
- (e) all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force;
- (f) the intent or purpose of the person committing the act.

If one properly applies these factors to this situation, the following is clear:

- (a) the part of the body touched;
 - only the ankles of Hawley were seized, other evidence indicates no other part of the body was touched;^j

Une fois assise, Heather Hawley a commencé à dire à Fitzpatrick qu'il ne pouvait pas faire des choses comme celles-là et qu'il était un cochon. Fitzpatrick a aussitôt répondu qu'il était saoul et qu'il pouvait faire tout ce qu'il voulait. (Remarque : il n'a pas dit qu'il pouvait faire ou ferait quoi que ce soit ayant une connotation sexuelle.)

C'est à ce moment qu'il s'est penché et qu'il lui a attrapé les chevilles pour la renverser. Elle a réagi en donnant des coups de pied et en criant.

Il est clair que le second événement a eu lieu dans un contexte de colère et de réaction physique. Le ministère public, dans sa récapitulation, à la page 228, a décrit le retour de Hawley au mess de la façon suivante :

[TRADUCTION] ... Elle est en colère. Elle dit au matelot de 1^{re} classe Fitzpatrick qu'il est un cochon et qu'il ne peut pas faire ça. Fitzpatrick répond qu'il est saoul et, fait important, il dit: «Je peux faire tout ce que je veux». Il réagit aux commentaires verbaux de Hawley par la force physique.

Le juge de première instance a rappelé l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; (1987), 37 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.). Le juge McIntyre a fait certaines observations quant à la définition de l'agression sexuelle :

- a) la partie du corps qui est touchée;
- b) la nature du contact;
- c) la situation dans laquelle cela s'est produit;
- d) les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte;
- e) toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force;
- f) l'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte.

Si l'on applique correctement les facteurs ci-dessus énoncés à la présente situation, il apparaît clairement :

- a) la partie du corps qui est touchée;
 - seulement les chevilles de Hawley ont été saisies, le reste de la preuve indiquant qu'aucune autre partie de son corps n'a été touchée;

(b) the nature of the contact;

— it is submitted that there was no contact with any sexual part of the body. This is totally different than other situations:

R. v. Chase (supra) — breasts grabbed, vagina attempted to be touched.

R. v. Alderton (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (Ont. C.A.) — intention to have sexual intercourse in her bed after breaking into complainant's apartment whilst wearing a mask.

R. v. Taylor (1985), 19 C.C.C. (3d) 156 (Alta. C.A.) — stripping naked a teenage girl and spanking her buttocks.

R. v. Cook (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (B.C.C.A.) — touched on inside of thigh, between the legs, breasts and then sexual intercourse without her consent.

R. v. Crawley (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 58 (Nfld. Prov. Ct.) — attempted kiss, hands on waist, hands moving towards breasts, buttocks rubbed by accused's erection.

(c) the situation in which it occurred;

— a public place with others present who laughed and felt it was not sexual.

(d) the words and gestures accompanying the act;

— there were no words or gestures accompanying the act — angry silence.

(e) The environment of the second charge was one of anger between Hawley and Fitzpatrick. The immediate response of all other witnesses was an observation of horse play. One witness clearly indicated that in close proximity to this second event, Leading Seaman Hawley was in the mess with Fitzpatrick who was lying down with his head on her lap and she was stroking his hair. This is not denied by Hawley. It is more likely to have occurred if there was a cooling down from anger than if there had been an invasion of her sexual integrity.

b) la nature du contact;

— on a fait valoir qu'il n'y a eu aucun contact avec les parties sexuelles du corps, ce qui diffère complètement des situations suivantes :

R. c. Chase, précité, — agrippement de la poitrine et tentative de toucher au vagin.

R. v. Alderton (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.) — individu masqué entré de force dans l'appartement de la plaignante dans l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle dans son lit.

R. v. Taylor, (1985), 19 C.C.C. (3d) 156 (C.A. Alb.) — déshabillage complet d'une adolescente et administration d'une fessée.

R. v. Cook (1985), 20 C.C.C. (3d) 18 (C.A.C.-B.) — attouchement de l'intérieur des cuisses, du bas-ventre, des seins, puis rapport sexuel sans le consentement de la plaignante.

R. v. Crawley (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 58 (C. P. T. N) — tentative de donner un baiser, mains sur la taille allant vers les seins, l'accusé frottant son érection sur les fesses de la plaignante.

c) la situation dans laquelle cela s'est produit;

— un endroit public où les autres personnes présentes ont ri et considéré que l'action reprochée n'était pas sexuelle.

d) les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte;

— il n'y a eu ni parole ni geste accompagnant l'action — silence colérique.

e) L'acte donnant lieu au deuxième chef d'accusation s'est produit dans un contexte de colère entre Hawley et Fitzpatrick. Tous les autres témoins ont eu pour réaction immédiate qu'il s'agissait de chamaillerie. Un témoin a clairement indiqué qu'à un bref intervalle de ce second événement, le matelot de 1^{re} classe Hawley était dans le mess avec Fitzpatrick, qui était étendu, sa tête sur les genoux de Hawley, qui lui caressait les cheveux. Ceci n'a pas été nié par Hawley. Ceci a davantage de chances d'avoir eu lieu si les esprits s'étaient refroidis après le moment de colère que s'il y avait eu atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante.

(f) the intent of purpose of the person committing the act.

The act itself unaccompanied with any other indices was an assault for the physical purpose of upending. This kind of conduct is not foreign to the crowded, limited space made available to the lower deck members on a relatively small ship. Skylarking is part of life, *R. v. J.(C.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 167 (Nfld. C.A.). The lack of consent by Hawley renders the assault in this case criminal. If you examine the conclusion of the President at page 255, where he states:

For the purpose of the second charge, the defence has requested the Court to disregard the fact that shortly before the assault the accused had exposed his penis to the complainant. In light of the test outlined by the Supreme Court of Canada in *Regina v. Chase* and other cases cited, the Court considers that it must look at "all the circumstances" surrounding the assault. Due to their proximity in time and place, I consider that the act of the accused in exposing his penis to Leading Seaman Hawley and her manifest lack of agreement to such conduct to be part of the circumstances surrounding the assault. The circumstances are considered to be pertinent in assessing some of the essential elements of the offence, such as lack of consent on the part of the complainant and the knowledge by the accused as to the lack of consent of the complainant.

For the reasons I have stated, the Court is convinced beyond a reasonable doubt that each essential element of the second charge have been proven beyond a reasonable doubt and therefore the Court finds the accused guilty in respect of that charge.

It is clear that the President attached too much weight to the guilty plea and offensiveness of the first event and extended the first event to constitute guilt in the second distinct event.

To elevate the second event to "sexual assault" by using the guilty plea and offensive conduct on count 1 requires caution especially in light of the cross-examination of the complainant that in her opinion she thought the offender was going to advance his head to her crotch. It should be recognized that neither plea nor the offensiveness of first charge should be

f) l'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte.

L'acte comme tel, sans aucun autre indice, constituait des voies de fait commises dans le but de faire tomber à la renverse. Ce type de conduite n'est pas inhabituel dans l'espace limité et bondé mis à la disposition des membres d'équipage de grade inférieur sur un navire relativement petit. Rigoler fait partie de la vie : *R. v. J.(C.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 167 (C.A.T.-N.). L'absence de consentement de Hawley en l'espèce rend les voies de fait criminelles. Si l'on examine la conclusion du président à la page 255, ce dernier affirme :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le second chef d'accusation, la défense a demandé à la Cour de ne pas tenir compte du fait que peu avant l'agression, l'accusé a exhibé son pénis à la plaignante. Compte tenu du critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Regina c. Chase* et des autres arrêts mentionnés, la Cour considère qu'elle doit prendre en considération «toutes les circonstances» entourant l'agression. Étant donné leur proximité dans le temps et dans l'espace, je considère que l'acte de l'accusé, soit d'avoir exhibé son pénis à Heather Hawley, matelot de 1^{re} classe, et l'absence manifeste d'encouragement de la part de cette dernière à l'égard d'une telle conduite, font partie des circonstances entourant l'agression. Les circonstances sont jugées pertinentes pour l'évaluation de certains éléments essentiels de l'infraction, tels que l'absence de consentement de la part de la plaignante et la connaissance de l'accusé de l'absence de consentement de la plaignante.

Pour les motifs que j'ai exposés, la Cour est persuadée au-delà du doute raisonnable que chacun des éléments essentiels relatifs au second chef d'accusation a été établi au-delà du doute raisonnable, et, par conséquent, la Cour déclare l'accusé coupable relativement à ce chef d'accusation.

Il est clair que le président a accordé trop d'importance au plaidoyer de culpabilité et au caractère offensant se rapportant au premier événement, et qu'il a étendu la portée de ce premier événement, avec la conséquence que cela a entraîné la culpabilité relativement au second événement distinct.

Élever le second événement au rang d'«agression sexuelle» en utilisant le plaidoyer de culpabilité et la conduite offensante se rapportant à la première infraction commande la prudence, particulièrement si l'on veut tenir compte du contre-interrogatoire de la plaignante, qui, selon son opinion, pensait que le contrevenant était pour avancer sa tête jusqu'à son bas-

transposed to elevate assault to that of "sexual assault". Additionally, utilization of the evidence on the first charge as corroboration fails to take into account that in almost all respects, other than the flashing, the evidence of the independent observers was contrary to the evidence of the complainant.

SENTENCE

The sentence of reduction in rank is a serious sentence. It carries with it career implications, considerable financial loss, plus social and professional standing loss within the services. It is a truism that rank has its privileges, and to reduce one to the lowest rank is a giant step backwards which undoubtedly serves not only as a deterrent to the individual but also a very visible and pronounced deterrent to others. There are occasions when a sentence in the military context justifiably departs from the uniform range in civic street and certainly the reduction in rank is a purely military sentence. Had Fitzpatrick conducted himself in a similar manner in a bar in downtown Halifax, he would have received a fine. In all the circumstances, an appropriate sentence would be a reduction in rank combined with a substantial fine. To add a term of imprisonment is severe.

I would allow the appeal and substitute a finding on the second charge of "guilty of assault."

ventre. Il devrait être reconnu que ni le plaidoyer prononcé ni le caractère offensant se rapportant au premier chef d'accusation ne devraient être transposés de manière à élever des voies de fait au rang d'«agression sexuelle». De plus, l'utilisation, comme corroboration, de la preuve relative au premier chef d'accusation à le défaut de ne pas prendre en considération le fait qu'à presque tous égards autres que l'acte exhibitionniste, le témoignage des témoins indépendants était contraire au témoignage de la plaignante.

LA SENTENCE

La sentence de rétrogradation est une sentence sévère. Elle entraîne des conséquences sur le plan de la carrière et des pertes financières considérables, en plus d'une atteinte au statut social et professionnel au sein des Forces armées. C'est un truisme d'affirmer que le grade confère des privilèges, et le fait de rétrograder quelqu'un au plus bas grade constitue un pas de géant en arrière, qui sans doute ne sert pas uniquement à exercer un effet de dissuasion sur l'individu concerné, mais exerce aussi un effet de dissuasion évident et marqué à l'égard des autres. Il y a des occasions où une sentence prononcée en contexte militaire se distingue à bon droit des peines imposées en général par les tribunaux civils, et la rétrogradation est certes une sentence purement militaire. Si Fitzpatrick avait eu la même conduite en ville, dans un bar d'Halifax, il aurait été mis à l'amende. Quoi qu'il en soit, la rétrogradation accompagnée d'une amende importante constituerait une sentence appropriée. C'est être sévère que d'ajouter une peine d'emprisonnement.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de substituer un verdict de «coupable de voies de fait» quant au deuxième chef d'accusation.