

R.J. Surette

(██████████ Corporal, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 169

Halifax, Nova Scotia, 6 April, 1983

Present: Mahoney P., Rutherford and
Goodridge JJ.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Lahr, Federal Republic of Germany, on 22 June, 1981.

Defence of mistaken belief in consent — Evidence must be supported by sources other than the appellant — President of Standing Court Martial in error in failing to consider the defence of mistaken belief in consent — National Defence Act, section 202.

Appeal against a conviction under section 120 of the *National Defence Act* for indecent assault on a female person contrary to section 149(1) of the *Criminal Code* of Canada. At issue is whether or not the President of the Standing Court Martial erred in not considering the defence of mistaken belief in consent.

Held. The appeal is allowed and pursuant to section 202 of the *National Defence Act* a new trial is ordered.

According to *Pappajohn v. The Queen*, there must be some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant, in order to require the putting of the defence of mistaken belief in consent. In this case, the other source of evidence was the complainant, who had testified that she opened the door to the appellant while clad only in her panties and returned to her bed while he remained in her apartment after forcing his way in. While the President of the Standing Court Martial appeared to have found that an indecent assault had occurred after the complainant elbowed the appellant, the Court did not feel it safe to conclude that he would have convicted had he accepted the defence of mistaken belief in consent. The Court could not assume that the President had directed himself to the defence when he had not referred to it.

COUNSEL:

B.J. Whittaker, for the appellant
Lieutenant-Colonel B. Champagne, CD, for
the respondent

R. J. Surette

(██████████ Caporal, Forces canadiennes)
Appellant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: T.A.C.M. 169

Halifax (Nouvelle-Écosse), le 6 avril 1983

Devant: le président Mahoney et les juges Rutherford et Goodridge

c

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente siégeant à Lahr, Allemagne de l'Ouest, le 22 juin 1981.

Moyens de défense — Croyance erronée au consentement — La preuve doit s'appuyer sur d'autres sources que l'appellant lui-même — Le président de la cour martiale permanente a fait erreur en omettant d'examiner la défense de croyance erronée au consentement — Loi sur la défense nationale, article 202

e Appel d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* pour avoir attenté à la pudeur d'une personne de sexe féminin, en contravention du paragraphe 149(1) du *Code criminel* du Canada. La question en litige consiste à déterminer si le président de la cour martiale permanente a fait erreur en n'examinant pas la défense de croyance erronée au consentement.

f *Arrêt.* L'appel est accueilli et, conformément à l'article 202 de la *Loi sur la défense nationale*, un nouveau procès est ordonné.

Selon l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, pour exiger que soit soumis le moyen de défense de croyance erronée au consentement, il faut d'autres preuves que la simple affirmation de l'appellant d'une croyance au consentement. En l'espèce, l'autre source est la plaignante elle-même qui, dans son témoignage, a déclaré qu'elle a ouvert la porte à l'appellant, n'étant alors vêtue que d'un slip, et qu'elle est retournée au lit pendant que ce dernier demeurait dans l'appartement après s'y être introduit de force. Même si le président de la cour martiale permanente a semblé conclure qu'il y avait eu attentat à la pudeur contre la plaignante après que celle-ci eût donné un coup de coude à l'appellant, le Tribunal estime qu'il serait imprudent de conclure que le président aurait prononcé une déclaration de culpabilité s'il avait accepté la défense de croyance erronée au consentement.

i

AVOCATS:

B.J. Whittaker pour l'appellant
Lieutenant-colonel B. Champagne, DC, pour
l'intimée

CASES CITED:

D.P.P. v. Morgan, [1975] 2 All E.R. 347 (H. of L.)

Pappajohn v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 120, 52 C.C.C. (2d) 481

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

THE COURT: The only issue is whether the President of the Standing Court Martial erred in not considering the defence of mistaken belief in consent. The law was stated by the Supreme Court of Canada, per McIntyre, J., in *Pappajohn v. The Queen*, 52 C.C.C. (2d) 481, at 514:

To require the putting of the alternative defense of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

He goes on at p. 515 to make the following observation with respect to *D.P.P. v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347 (H. of L.):

In *Morgan*, there was evidence of an invitation by the complainant's husband to have intercourse with his wife and his assurance that a show of resistance would be a sham. In other words, there was evidence explaining, however preposterous the explanation might be, a basis for the mistaken belief.

In the circumstances, the only source of evidence, other than the appellant himself, from which a basis or air of reality is to be given the defense, is the complainant. The complainant does testify to such facts: notably, opening the door to the appellant while clad only in her panties and returning to her bed while he remained in her apartment after forcing his way in.

The learned President stated, transcript p. 104, lines 10 to 44 as follows:

Did the accused assault Corporal Lauzon? The Court is satisfied beyond a reasonable doubt that there was an assault. If we go back to the beginning, when he came into the apartment, it could be said that when the accused touched her hair, it could have been an assault if he did it without her consent. When he jumped in the bed and stroked her stomach going towards her breasts, this in itself could be an assault. However, when he held down her arms after she gave him an elbow, the court has no problem finding that this itself was an assault. Force was applied at that stage to Corporal Lauzon. Was it applied in circumstances of indecency? There again

JURISPRUDENCE CITÉE:

D.P.P. v. Morgan, [1975] 2 All E.R. 347 (Ch. des L.)

Pappajohn c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 120, 52 C.C.C. (2d) 481

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

LE TRIBUNAL: La seule question qui se pose est de savoir si le président de la Cour martiale permanente a commis une erreur en refusant d'examiner la défense de croyance erronée au consentement. La règle de droit applicable a été énoncée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 133:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

Il continue à la page 133 en faisant observer à propos de l'arrêt *D.P.P. v. Morgan*, [1975] 2 All E.R. 347 (Ch. des L.):

Dans l'affaire *Morgan*, la preuve indiquait que le mari de la plaignante avait invité les accusés à avoir des relations sexuelles avec son épouse et qu'il les avait assurés que ses protestations ne seraient qu'une comédie. En d'autres termes, il y avait une preuve qui donnait, si absurde que puisse être cette explication, un fondement à la croyance erronée.

En l'espèce, outre l'appelant lui-même, la seule source qui puisse fonder et renforcer la défense de fausse croyance est la plaignante. Son témoignage atteste notamment les faits suivants: n'étant vêtue que d'un slip, elle a ouvert la porte à l'appelant et celui-ci a pénétré de force dans son appartement et y est demeuré après qu'elle fut retournée au lit.

Voici ce qu'a déclaré le président de la Cour aux lignes 10 à 44 de la page 104 de la transcription:

[TRADUCTION] L'accusé a-t-il assailli le caporal Lauzon? La Cour est convaincue au-delà de tout doute raisonnable qu'il y a eu voies de fait. Reprenons depuis le début. Quand il est entré dans l'appartement, on pourrait dire que l'accusé a commis des voies de fait s'il lui avait touché les cheveux sans son consentement. Quant il s'est jeté sur le lit pour lui caresser le ventre en s'approchant des seins, il pouvait s'agir en soi de voies de fait. Toutefois, quand il lui a immobilisé les bras après qu'elle lui eut donné un coup de coude, la Cour ne peut que conclure qu'il y a eu voies de fait. À ce moment-là, il y a eu usage de la force contre le caporal Lauzon. La force a-t-elle été appliquée dans

Corporal Lauzon was half naked; she had only her panties on; and the accused, at best, was half undressed — at worst, was completely undressed.

Actually, the main issue was consent. Did Corporal Lauzon consent to the act that was being committed? The court again is satisfied beyond a reasonable doubt that Corporal Lauzon did not consent to the act. She gave an elbow to Corporal Surette. She fled afterwards. Now, the point was made that she could have fled before; she could have screamed. But in addition to that, she went into the bathroom and she brushed her teeth. But the fact remains that she fled, and she fled clad only in her panties and a wind-breaker. Her explanation that she didn't flee before that or went back to her bedroom after telling Corporal Surette to go and get his own coffee is very plausible; she knew Corporal Surette; he lived in the same building; he was not a total stranger to her; therefore, she had every reason to believe that maybe he would come to his senses and leave the apartment. She fled when she had no other choice but to, after he jumped on her and held on to her elbow.

While the learned President appears to have found that an indecent assault occurred after the complainant elbowed the appellant, we do not feel it safe to conclude that he would have convicted had he accepted the defence of mistaken belief in consent. The President's comments as to what occurred, or might have occurred, before the assault are directed to the complainant's state of mind, not to the appellant's. We cannot assume that he directed himself to the defence when he did not refer to it.

une situation d'indécence? Comme je l'ai déjà mentionné, le caporal Lauzon était à moitié nue; elle ne portait qu'un slip; et l'accusé était au mieux à moitié nu et au pire complètement nu.

En fait, la question principale est de savoir s'il y a eu consentement. Le caporal Lauzon était-elle consentante? La Cour répète qu'elle est convaincue que le caporal Lauzon n'était pas consentante. Elle a donné un coup de coude au caporal Surette et elle a pris la fuite. On a soutenu qu'elle aurait pu fuir avant, qu'elle aurait pu crier. Elle s'est en outre rendue dans la salle de bain et s'y est brossée les dents. Il n'en demeure pas moins qu'elle a pris la fuite, vêtue seulement d'un slip et d'un blouson. L'explication qu'elle a donné pour justifier le fait qu'elle n'a pas fui avant et qu'elle est retournée dans sa chambre après avoir dit au caporal Surette d'aller chercher son propre café est très plausible: elle connaissait le caporal Surette qui habitait dans le même immeuble; il n'était pas un pur étranger. En conséquence, elle avait toutes les raisons de croire qu'il reviendrait à la raison et quitterait l'appartement. Elle a pris la fuite quand elle n'a plus eu le choix, après que le caporal Surette se fût jeté sur elle et lui eût retenu le coude.

Bien que le président du tribunal ait semblé avoir conclu qu'il y a eu un attentat à la pudeur après que la plaignante eût donné un coup de coude à l'appelant, il serait imprudent de conclure qu'il aurait rendu un verdict de culpabilité s'il avait accepté la défense de croyance erronée au consentement. Ses commentaires sur ce qui s'est produit ou aurait pu se produire avant les voies de fait concernent l'état d'esprit de la plaignante, non celui de l'appelant. Nous ne pouvons présumer qu'il s'est penché sur la défense alors qu'il ne l'a pas mentionnée.