

George Zohner

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

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. ZOHNER

File No.: CMAC 362

Heard: Ottawa, Ontario, 5 November, 1993

Judgment: Ottawa, Ontario, 5 November 1993

Present: Mahoney C.J., Décarý and Létourneau, J.J.A.

Application for leave to appeal and appeal from a sentence imposed by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Ottawa, Ontario on 31 May, 22, 23 and 24 June, 1993.

Severity of sentence — Accused pleading guilty to four charges of sexual interference — Sentence of 12 months' imprisonment upheld.

The accused pleaded guilty before a Standing Court Martial to four charges of sexual interference and was sentenced to 12 months' imprisonment. The four offences involved three different victims aged 3, 10, and 11. On two occasions the accused had resorted to some degree of physical force. One of the victims had lost her sense of security, experienced nightmares and showed signs of fear and agitation two years after the assault. The accused was a first offender with 10 years of good service in the military. He suffered from heterosexual paedophilia.

Held: Appeal dismissed.

The sentence of imprisonment for 12 months was within the range of sentences that have been and should be imposed for crimes of this nature.

The President of the Court Martial had not committed any error of law in assessing the expert evidence of the prosecution. Although the expert witness for the prosecution had not examined the victims, the President placed that testimony in its proper perspective and did not sentence the accused on the basis of possible effects of sexual abuse on children in general.

George Zohner

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

a

c.

Sa Majesté La Reine

b *Intimée.*

RÉPERTORIÉ : R. c. ZOHNER

c N^o du greffe : CACM 362

Audience : Ottawa (Ontario), le 5 novembre 1993

d Jugement : Ottawa (Ontario), le 5 novembre 1993

Devant : le juge en chef Mahoney, et les juges Décarý et Létourneau, J.C.A.

e Demande d'autorisation d'appel et en appel d'une sentence prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes d'Ottawa (Ontario) les 31 mai, 22, 23 et 24 juin 1993.

f *Sévérité de la sentence — Accusé ayant plaidé coupable à quatre accusations de contacts sexuels — Peine de 12 mois d'emprisonnement confirmée.*

L'accusé a plaidé coupable, devant une cour martiale permanente, à quatre accusations de contacts sexuels et il a été condamné à 12 mois d'emprisonnement. Les quatre infractions mettaient en cause trois victimes âgées respectivement de 3, 10 et 11 ans. À deux reprises, l'accusé a eu recours à une certaine force physique. Deux ans après l'agression, l'une des victimes éprouvait un sentiment d'insécurité, faisait des cauchemars et montrait des signes de peur et d'agitation. L'accusé, qui avait à son actif 10 années de loyaux services au sein des forces armées, en était à sa première infraction. Il souffrait de pédophilie hétérosexuelle.

Arrêt : Appel rejeté.

i La peine de 12 mois d'emprisonnement se situe dans la moyenne des peines qui sont et doivent être infligées pour des crimes de cette nature.

j Le président de la cour martiale n'a pas commis d'erreur de droit dans l'appréciation de la preuve d'experts présentée par la poursuite. Bien que le témoin expert à charge n'ait pas examiné les victimes, le président a replacé son témoignage dans sa juste perspective et n'a pas condamné l'accusé sur le fondement des effets possibles de la violence sexuelle à l'égard des

The case was thus distinguishable from the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Owens*.

With respect to the severity of the sentence, the President correctly assessed the objective and subjective gravity of the offence, took into consideration all of the aggravating factors, and weighed them against the mitigating circumstances.

COUNSEL:

M. Martha Coady, for the appellant
Commander R. F. Barnes, for the respondent

STATUTES CITED:

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 151 (as am. c. 19 (3rd. Supp.), s. 1)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130

CASES CITED:

R. v. Beaton, Standing Court Martial, 29 May, 1991, unreported
R. v. Dixon, Standing Court Martial, 18 June, 1992, unreported
R. v. H. (B.C.) (1991), 12 W.C.B.(2d) 605 (Man. C. A.)
R. v. Langille, Standing Court Martial, 15 August, 1991, unreported
R. v. McGibbon (1989), 45 C.C.C.(3d) 334 (Ont. C.A.)
R. v. Owens (1987), 33 C.C.C.(3d) 275 (Ont. C.A.)
R. v. Spence; R. v. F. (D.L.) (1993), 78 C.C.C.(3d) 451 (Alta. C.A.)
R. v. Squance (1991), 14 W.C.B.(2d) 601 (Ont. Gen. Div.)
R. v. Tom (1991), 13 W.C.B.(2d) 664 (B.C.C.A.)

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

LÉTOURNEAU J.A.: This is an application for leave to appeal and an appeal against the severity of a sentence imposed by a Standing Court Martial. The accused, a member of the Canadian Forces who was

enfants en général. L'affaire peut donc être distinguée de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Owens*.

En ce qui a trait à la sévérité de la sentence, le président a correctement apprécié la gravité objective et subjective de l'infraction, a pris en considération tous les facteurs aggravants et les a pondérés en regard des circonstances atténuantes.

AVOCATS :

M. Martha Coady, pour l'appellant
Commander R. F. Barnes, pour l'intimée

LOIS CITÉES :

Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 151 (mod. par chap. 19 (3^e suppl.), art. 1)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 130

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Beaton, Cour martiale permanente, le 29 mai 1991, inédit
R. c. Dixon, Cour martiale permanente, le 18 juin 1992, inédit
R. v. H. (B.C.) (1991), 12 W.C.B. (2d) 605 (C.A. Man.)
R. c. Langille, Cour martiale permanente, le 15 août 1991, inédit
R. v. McGibbon (1989), 45 C.C.C. (3d) 334 (C.A. Ont.)
R. v. Owens (1987), 33 C.C.C. (3d) 275 (C.A. Ont.)
R. v. Spence; R. v. F.(D.L.) (1993), 78 C.C.C. (3d) 451 (C.A. Alb.)
R. v. Squance (1991), 14 W.C.B. (2d) 664 (Div. gén. Ont.)
R. v. Tom (1991), 13 W.C.B. (2d) 664 (C.A.C.-B.)

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Il s'agit d'une demande d'autorisation d'appel et d'un appel à l'encontre de la sévérité d'une peine imposée par une cour martiale permanente. L'accusé est membre des

stationed in Lahr, Germany, pleaded guilty to four charges of sexual interference under section 130 of the *National Defence Act* and section 151 of the *Criminal Code*. He was sentenced to a period of imprisonment for 12 months.

The four offences involved three different victims all under the age of 14. Actually, one was 3 years of age and the two others were 10 and 11. The 10-year-old victim was twice subjected to the attack of the accused. In one instance, the illegal acts took place at a time when the accused was babysitting and was, therefore, in a position of trust.

The acts of the accused involved rubbing, touching and pinching the breasts of his victims and taking several photographs of the events. In one case, he placed his hand on the "bumhole" and on the top of his victim's vagina. With respect to the charge involving a three-year-old girl, the accused videotaped himself playing with the child, rubbing and pinching her breast and exposed her genitals to the camera.

Twice the accused resorted to some degree of physical force. In one instance he managed to lure his victim into coming into his room, where he pushed her on the bed. She escaped by kicking him in the genitals. In the other, the victim struggled with the accused and finally succeeded in freeing herself and ran away. There is evidence that one of the victims as a result of these events lost her sense of security, experienced nightmares and showed signs of fear and agitation even two years after the assault.

The accused is a 29-year-old separated father of one girl and a first offender. He had at the time 10 years of good service in the military. He suffers from heterosexual paedophilia, a psychiatric disease for which there is no cure but which can be medically controlled. The recidivism rates for such untreated offenders is about 35 per cent and, with treatment,

forces canadiennes et était en poste à Lahr, en Allemagne. Il a inscrit un plaidoyer de culpabilité relativement à quatre accusations de contacts sexuels portées en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 151 du *Code criminel*. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 mois.

Les quatre infractions en cause concernaient trois victimes différentes, toutes âgées de moins de 14 ans. De fait, une d'elles était âgée de 3 ans et les deux autres étaient âgées de 10 et 11 ans respectivement. La victime de 10 ans a subi deux agressions de la part de l'accusé. Dans un cas, l'acte illégal s'est produit pendant que l'accusé gardait la victime et était, de ce fait, une personne à qui on faisait confiance.

Les actes de l'accusé ont consisté à toucher, froter et pincer les seins de ses victimes et à prendre de nombreuses photographies de ces actions. À une occasion, il a placé sa main sur l'anus et sur le vagin de sa victime. Pour ce qui est de l'inculpation à l'égard d'une fillette de trois ans, l'accusé a capté, sur magnétoscope, ses jeux avec l'enfant et le fait de lui froter et pincer les seins et il a exhibé les organes génitaux de la fillette à la caméra.

Deux fois, l'accusé a exercé une certaine force physique. À une occasion, il a incité sa victime à venir dans sa chambre et l'a poussée sur le lit. Elle s'est échappée en le frappant sur les organes génitaux. À l'autre occasion, la victime s'est débattue avec l'accusé et a finalement réussi à se libérer et à s'enfuir. Il y a des éléments de preuve indiquant qu'une des victimes a perdu son sentiment de sécurité à cause de ces événements, a eu des cauchemars et a laissé voir des signes de crainte et d'agitation même deux ans après l'agression.

L'accusé a 29 ans, il est séparé et père d'une fillette. Il est un délinquant primaire. Il avait à l'époque 10 ans de service honorable dans l'armée. Il souffre de pédophilie hétérosexuelle, une maladie psychiatrique pour laquelle il n'existe pas de guérison, mais qui peut se contrôler par des moyens médicaux. Le taux de récidive des contrevenants non traités est

these rates are reduced to 5 to 10 per cent for pharmacological intervention and 10 to 15 per cent for cognitive treatment without medication. Dr. Bradford, who testified on behalf of the accused, estimated that with the accused's attitude and the treatment that he has undertaken, the recidivism rate was closer to 5 per cent. It is against this background that the President of the Standing Court Martial imposed a sentence of 12 months' imprisonment.

Counsel for the appellant heavily relied upon a decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Owens*¹ to establish that the President of the Standing Court Martial had committed an error of law in preferring the evidence of a psychologist who testified for the prosecution over that of a psychiatrist who had treated the accused and testified on his behalf. This error, she submitted, resulted in a more severe sentence than should have normally been imposed.

The basis of the appellant's complaint is that the expert witness for the prosecution had not examined the victims and could not, therefore, provide any expert evidence about the actual effects of the appellant's actions on the victims. In that case, the Ontario Court of Appeal found that the learned trial judge had erred in placing undue reliance on the evidence of the expert who was neither a psychologist nor a psychiatrist. The witness was a generalist paediatrician and a professor of paediatrics at McMaster University who spoke in a general way of the effect of sexual abuse on young children from personal conclusions based on mere statistics and sociology literature. In addition, there was in that case no evidence in the record to suggest that the three complainants had suffered any damage beyond a transitory phase of anxiety.

With due respect, the situation is different in the case at bar. First, we cannot say that the President of the Standing Court Martial put undue reliance on the evidence of the witness for the prosecution. He placed that witness' testimony in its proper perspective and did not sentence the accused on the basis of

d'environ 35 pour cent, mais après traitement, ce taux baisse entre 5 et 10 pour cent, dans le cas de traitement pharmacologique et entre 10 et 15 pour cent dans le cas de traitement psychologique sans médicaments. Le Dr Bradford qui a témoigné en faveur de l'accusé estime qu'en raison de l'attitude de l'accusé et du traitement qu'il a entrepris, le taux de récidive serait plutôt de l'ordre de cinq pour cent. C'est dans ce contexte, que le président de la Cour martiale permanente a imposé une peine d'emprisonnement de 12 mois.

L'avocate de l'appelant s'est fortement appuyée sur un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Owens*¹ pour établir que le président de la Cour martiale permanente avait commis une erreur de droit en choisissant de croire la déposition d'un psychologue qui avait témoigné pour la poursuite plutôt que celle d'un psychiatre qui avait traité l'accusé et témoigné en sa faveur. Cette erreur, d'après elle, a donné lieu à une peine plus lourde que celle qui aurait normalement dû être imposée.

Le fondement de la contestation de l'appelant tient à ce que le témoin expert de la poursuite n'avait pas interrogé les victimes et ne pouvait donc pas donner un témoignage d'expert sur les effets réels des actes de l'appelant sur les victimes. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le savant juge du procès avait commis une erreur en se fiant indûment au témoignage de l'expert qui n'était ni psychologue ni psychiatre. Le témoin était pédiatre de pratique générale et professeur de pédiatrie à l'université McMaster; il avait témoigné d'une manière générale des conséquences des agressions sexuelles sur de jeunes enfants à partir de conclusions personnelles tirées de statistiques et d'écrits de nature sociologique. De plus, il n'y avait pas de preuve dans ce dossier qui permettait de penser que les trois plaignants avaient subi un préjudice autre que celui d'une période d'anxiété temporaire.

Avec égards, je crois que la situation est différente en l'espèce. D'abord, nous ne pouvons pas dire que le président de la Cour martiale permanente a accordé trop d'importance à la déposition du témoin de la poursuite. Il a considéré la déposition dans sa juste perspective et n'a pas imposé la peine en fonction des

¹ (1987), 33 C.C.C. (3d) 275.

¹ (1987), 33 C.C.C. (3d) 275.

possible effects of sexual abuses on children in general. That he was aware of the inappropriateness of relating this kind of general expert evidence to victims that the witness had not seen or treated can be seen at page 105 of the transcript where, in the following terms, he sustained an objection made by counsel for the accused on that very point:

PRESIDENT: The objection will be maintained. Mr. Prosecutor, you may pose questions to this witness eliciting her expert opinion on the subject matter that you have asked for her expertise without difficulty. When it comes to the particular facts of this case, as you clearly indicated you may pose hypothetical questions to the witness on any acceptable version of the facts that are before this court.

That is not, however, what you did, and this witness has testified quite clearly that she does not know the victims involved in this particular case, nor has she treated them, nor does she have any basis upon which she can offer an opinion. You cannot ask her to testify based solely on having read the statement of facts, not in the fashion in which you did. If you wish to ask hypothetical questions, as you clearly indicated is your desire, you may do so, but that is not what you did and your friend has objected and quite rightly so. Objection is maintained.

Secondly, contrary to the *Owens* case, there was evidence that one of the victims suffered post-event trauma beyond a transitory phase of anxiety. Finally, the witness was a clinical psychologist with 10 years of experience and worked at the Centre for Treatment of Sexual Abuse and Childhood Trauma in Ottawa, providing therapy to young children who had been sexually abused. The witness' testimony was based on research, group research and clinical observation. We, therefore, believe that no error of law was committed.

As for the severity of the term of imprisonment imposed, we are satisfied that in coming to his conclusion, the President of the Standing Court Martial correctly applied the principles of sentencing applicable in such matters. He properly assessed the objective and subjective gravity of the offences. He took into consideration all the aggravating factors such as the breach of trust, the age of the victims, the negative impact on at least one of them, the use of some physical force though to a limited degree. He carefully weighed them against mitigating circumstances

effets éventuels d'agressions sexuelles sur des enfants, en général. Il ressort de l'extrait ci-après des notes sténographiques, à la page 105, qu'il était conscient de l'impropriété de rattacher ce genre de témoignage général d'expert à des victimes que le témoin n'a ni vues, ni traitées, puisqu'il a maintenu, dans les termes qui suivent, une opposition de l'avocat de l'accusé sur exactement ce point :

[TRADUCTION] LE PRÉSIDENT: L'opposition est maintenue. M. le Procureur, vous pouvez poser des questions au témoin pour lui faire donner son avis d'expert sur le sujet à l'égard duquel vous lui avez demandé de donner son avis d'expert, sans problème. Lorsqu'il s'agit des faits précis de l'espèce, comme vous l'avez clairement indiqué, vous pouvez poser, au témoin, des questions hypothétiques relativement à toute version acceptable des faits soumis à cette cour.

Ce n'est cependant pas ce que vous avez fait. Le témoin a clairement mentionné qu'elle ne connaît pas les victimes en cause dans la présente affaire, qu'elle ne les a pas traitées et qu'elle n'a pas d'assise lui permettant de donner une opinion. Vous ne pouvez pas lui demander de témoigner uniquement parce qu'elle a lu l'exposé des faits, et vous ne pouvez le faire de la façon dont vous l'avez fait. Si vous voulez poser une question hypothétique, comme vous avez manifestement dit vouloir le faire, vous le pouvez, mais ce n'est pas ce que vous avez fait et votre confrère a raison de s'opposer. L'opposition est maintenue.

En deuxième lieu, contrairement à l'arrêt *Owens*, il existe des éléments de preuve selon lesquels une des victimes a subi un traumatisme consécutif à l'agression outre la phase d'anxiété temporaire. Enfin, le témoin était un psychologue traitant de 10 ans d'expérience et elle a travaillé au Centre for Treatment of Sexual Abuse and Childhood Trauma d'Ottawa où elle a soigné de jeunes enfants victimes d'agressions sexuelles. La déposition du témoin était fondée sur des recherches, des observations de groupes de recherches et des données cliniques. Nous croyons, en conséquence, qu'il n'y a pas eu d'erreur de droit.

Pour ce qui est de la sévérité de la peine d'emprisonnement, nous sommes convaincus que, pour arriver à sa conclusion, le président de la Cour martiale permanente a correctement appliqué les principes de droit relatifs à la peine applicables dans ce genre de cas. Il a bien évalué la gravité objective et la gravité subjective des infractions. Il a tenu compte de tous les facteurs aggravants comme l'abus de confiance, l'âge des victimes, l'effet négatif sur au moins l'une d'entre elles, le recours à une certaine force physique, quoique limitée. Il a soigneusement pesé ces facteurs

such as the age of the accused, the fact that he was a first offender, his good service in the military, his positive attitude toward voluntary treatment of his disease and his prospect of rehabilitation, the fact that he pleaded guilty and spared the children the trauma of testifying, the fact that he cooperated with the authorities throughout the investigation, the saving of time and costs associated with a possible lengthy trial and the 30 days spent by the accused in pre-trial administrative detention at the Canadian Forces Hospital Europe. In our view, his sentence is within the range of sentences that have been and should be imposed for crimes of this nature in similar circumstances.²

The application for leave to appeal will be granted, but the appeal against sentence will be dismissed.

en regard des circonstances atténuantes comme l'âge de l'accusé, le fait qu'il était un délinquant primaire, ses bons états de service dans l'armée, son attitude positive à l'égard du traitement de sa maladie entrepris volontairement et ses chances de réadaptation, le fait que l'accusé ait admis sa culpabilité et ait épargné aux enfants le traumatisme de déposer, le fait que l'accusé ait coopéré avec les autorités tout au long de l'enquête, épargnant ainsi le temps et les coûts incidents à un procès qui aurait pu être long, et la période de 30 jours passée par l'accusé en détention administrative avant son procès, à l'hôpital des Forces armées canadiennes en Europe. À notre avis, sa peine est dans les limites des peines qui ont été et auraient pu être imposées pour des actes criminels de cette nature dans des circonstances semblables².

La demande d'autorisation d'appel est accordée, mais l'appel à l'encontre de la peine est rejeté.

² See cases like *Langille*, Standing Court Martial, 1990 (seven months of imprisonment for two convictions for sexual interference with the same victim under the age of 14); *Beaton*, Standing Court Martial, 1991 (four months of imprisonment for a conviction for sexual interference with a person under the age of 14); *Dixon*, Standing Court Martial, 1992 (five months of imprisonment for a conviction for sexual assault on a person under the age of 14); *R. v. McGibbon* (1989), 45 C.C.C. (3d) 334 (Ont. C.A.) (two years less a day for sexually assaulting a person under the age of 14 that he was babysitting); *R. v. Spence*; *R. v. F. (D.L.)* (1993), 78 C.C.C. (3d) 451 (Alta. C.A.) (18 months of imprisonment and a two-year probation for a conviction for gross indecency with a person under the age of 14; the offence dated back some 25 years before the trial and the Court of Appeal indicated that it would have increased the sentence had the Crown appealed against it); *R. v. Svanace* (1992), 14 W.C.B. (2d) 601 (Ont. Ct. Gen. Div.) (21 months of imprisonment and a two-year probation for repeated fondling of a person under the age of 14); *R. v. Tom* (1991), 13 W.C.B. (2d) 664 (B.C.C.A.) (15 months of imprisonment for fondling an 11-year-old girl on the top of her clothing); *R. v. H. (B.C.)* (1991), 12 W.C.B. (2d) 604 (Man. C.A.) (one year of imprisonment for sexual interference with the eight-year-old child that he was babysitting. The Court of Appeal mentioned that the sentence should have been two years but gave one year in view of the fact that the accused had spent seven months in pre-trial custody).

² Voir les affaires suivantes : *Langille*, Cour martiale permanente 1990 (sept mois d'emprisonnement pour deux déclarations de culpabilité de contacts sexuels avec la même victime de moins de 14 ans); *Beaton*, Cour martiale permanente 1991 (quatre mois d'emprisonnement pour déclaration de culpabilité de contacts sexuels avec une personne de moins de 14 ans); *Dixon*, Cour martiale permanente, 1992 (cinq mois d'emprisonnement pour déclaration de culpabilité d'agression sexuelle sur une personne de moins de 14 ans); *R. v. McGibbon* (1989), 45 C.C.C. (3d) 334 (C.A. Ont.) (deux ans moins un jour pour agression sexuelle contre une personne de moins de 14 ans dont l'accusé assurait la garde); *R. v. Spence*; *R. v. F. (D.L.)* (1993) 78 C.C.C. (3d) 451 (C.A. Alb.) (18 mois d'emprisonnement et deux ans de probation sur déclaration de culpabilité de grossière indécence avec une personne de moins de 14 ans; l'infraction remontait à 25 ans avant le procès et la Cour d'appel a mentionné qu'elle aurait augmenté la peine si le ministère public avait interjeté appel de celle-ci); *R. v. Svanace* (1992), 14 W.C.B. (2d) 601 (Div. gén. Ont.) (21 mois d'emprisonnement et deux ans de probation pour attouchements répétés d'une personne de moins de 14 ans); *R. v. Tom* (1991), 13 W.C.B. (2d) 664 (C.A.C.-B.) (15 mois d'emprisonnement pour attouchements, par dessus les vêtements, d'une fillette de 11 ans); *R. v. H. (B.C.)* (1991) 12 W.C.B. (2d) 604 (C.A. Man.) (un an d'emprisonnement pour contacts sexuels avec un enfant de huit ans dont l'accusé assurait la garde. La Cour d'appel a signalé que la peine aurait pu être de deux ans, mais qu'elle avait imposé un an d'emprisonnement parce que l'accusé avait déjà passé sept mois en détention avant son procès).