

Terry McDonnell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McDONNELL

File No.: 24814.

1996: December 6; 1997: April 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Appeals — Sexual assault — Accused pleading guilty to two counts of sexual assault — Trial judge sentencing accused to 12 months' incarceration for first offence and to six months for second offence, to be served concurrently — Court of Appeal finding assaults to be major sexual assaults and raising sentence for first offence to four years' incarceration and sentence for second offence to one year, to be served consecutively — Whether Court of Appeal erred in overturning sentences imposed by trial judge.

Criminal law — Sentencing — Appeals — Applicable standard of review of sentencing decisions.

Criminal law — Sentencing — Sexual assault — Starting-point approach.

The accused pleaded guilty to two counts of sexual assault, contrary to s. 271 of the *Criminal Code*. The first offence occurred in 1986 when the accused was 29. The complainant, a 16-year-old girl, had been placed in the accused's home by Social Services. She was asleep on the living room couch when the accused came home intoxicated. He undid her pants. The complainant turned over on her stomach and tried to press herself into the couch, pretending to be sleeping. He took off her jeans, started to kiss her buttock area and partially penetrated her vagina with his penis. She had her legs pressed together and he was trying to get them apart. Finally, he said "You're too difficult" and rolled onto the floor where he fell asleep. The second offence occurred in 1993 when the accused was 36. The complainant was a

Terry McDonnell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. McDONNELL

N° du greffe: 24814.

1996: 6 décembre; 1997: 24 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Agression sexuelle — Accusé plaidant coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle — Juge du procès infligeant à l'accusé une peine de 12 mois d'incarcération pour la première infraction et une peine concurrente de six mois pour la deuxième infraction — Cour d'appel jugeant que les agressions commises constituent des agressions sexuelles graves et haussant la peine pour la première infraction à quatre ans d'incarcération et la peine pour la deuxième infraction à un an, à purger consécutivement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les peines infligées par le juge du procès?

Droit criminel — Détermination de la peine — Appels — Norme de contrôle applicable aux décisions en matière de peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Agression sexuelle — Méthode du point de départ.

L'accusé a plaidé coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle au sens de l'art. 271 du *Code criminel*. La première infraction a été commise en 1986, au moment où l'accusé était âgé de 29 ans. La plaignante, alors âgée de 16 ans, avait été placée chez l'accusé par les services sociaux. Elle dormait sur le canapé du salon lorsque l'accusé est entré chez lui en état d'ébriété. Il a défait le pantalon de la plaignante. Celle-ci s'est retournée sur le ventre et a essayé de s'enfoncer dans le canapé, feignant de dormir. Il lui a enlevé son jeans, a commencé à l'embrasser sur les fesses et lui a introduit partiellement le pénis dans le vagin. Elle serrait les jambes, qu'il essayait d'écartier. Finalement, il a dit «Tu es trop difficile» et il a roulé sur le plancher, où il s'est endormi. La deuxième infraction a été commise en

14-year-old babysitter for the accused's family. She had fallen asleep on her stomach on a hide-a-bed. She woke up in the middle of the night; her underwear was pulled down and the accused was on top of her, rubbing her back with one hand and her buttocks with the other. He also touched her pelvis and vaginal areas. She screamed and fled the house. The sentencing judge found that neither of the two assaults was a major sexual assault, as defined in past cases by the Court of Appeal of the province, with a starting-point sentence of three years, and imposed a sentence of 12 months in custody for the first offence and six months for the second, to be served concurrently. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal. The court found that the sexual assaults were major ones and sentenced the accused to four years in custody for the first offence and, considering the global effect of the sentences, to one year for the second, to be served consecutively.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The Court of Appeal's decision is inconsistent with the deference that is owed to sentencing judges by appellate courts. In the absence of an error of principle, failure to consider a relevant factor, or overemphasis of the appropriate factors, a sentence should only be overturned if it is demonstrably unfit. Here, the Court of Appeal failed to point to a relevant factor not considered by the sentencing judge that would give rise to appellate review of the sentence. With respect to the first offence, the sentencing judge clearly considered penetration and psychological trauma as factors in reaching a sentence and did not treat the other personal problems the first complainant had been having around the time of the assault as a mitigating factor. After taking into account all relevant mitigating and aggravating circumstances, the sentencing judge arrived at what she considered was an appropriate sentence. With respect to the second offence, the same conclusion applies: the sentencing judge did not fail to consider relevant factors.

The mischaracterization of an offence according to judicially created categories is not an error in principle,

1993, au moment où l'accusé était âgé de 36 ans. La plaignante était âgée de 14 ans et gardait les enfants de l'accusé. Elle était étendue sur le ventre et s'était endormie sur un divan-lit. Quand elle s'est réveillée au milieu de la nuit, son sous-vêtement était descendu et l'accusé était sur elle, et lui frottait le dos d'une main et les fesses de l'autre main. Il lui a également fait des attouchements au bassin et au vagin. Elle a crié et s'est enfuie de la maison. Le juge qui a infligé la peine a conclu que ni l'une ni l'autre des agressions n'était une agression sexuelle grave — assortie d'une peine de trois ans comme point de départ — au sens que la cour d'appel de la province a donné à cette expression dans des affaires antérieures, et il a infligé une peine de 12 mois de détention pour la première infraction et une peine concurrente de six mois pour la deuxième infraction. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public. Elle a conclu qu'il s'agissait d'agressions sexuelles graves et a condamné l'accusé à une peine de quatre ans de détention pour la première infraction et, vu l'effet global des peines, à une peine consécutive d'une année pour la deuxième infraction.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La décision de la Cour d'appel ne cadre pas avec la retenue dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui infligent une peine. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une peine ne devrait être écartée que si elle n'est manifestement pas indiquée. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas attiré l'attention sur un facteur pertinent que le juge qui a infligé la peine n'a pas pris en considération et qui donnerait lieu au contrôle en appel de la peine. Quant à la première infraction, le juge qui a infligé la peine a nettement considéré que la pénétration et le traumatisme psychologique entraient en ligne de compte au moment de fixer une peine, et n'a pas considéré comme un facteur atténuant les autres problèmes personnels que la première plaignante avait à l'époque de l'agression. Après avoir tenu compte de toutes les circonstances atténuantes et aggravantes pertinentes, le juge qui a infligé la peine est arrivée à ce qui, à son avis, constituait une peine adéquate. La même conclusion s'applique quant à la deuxième infraction: le juge qui a infligé la peine n'a pas omis de prendre en considération des facteurs pertinents.

La mauvaise qualification d'une infraction selon des catégories créées par les tribunaux ne constitue pas une

and is an inappropriate ground to set aside the lower court's sentence. First, deference should be shown to a lower court's sentencing decision. Second, there is no legal basis for the judicial creation of a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing. It is not for judges to create criminal offences, but rather for the legislature to enact them. By creating a species of sexual assault known as a "major sexual assault", and by basing sentencing decisions on such a categorization, the Alberta Court of Appeal has effectively created an offence, at least for the purposes of sentencing. Given Parliament's intention to treat sexual assaults causing bodily harm — which includes psychological harm — under s. 272(c) of the *Criminal Code*, it is inappropriate to create a "major sexual assault", which is based at least in part on the existence of harm to the victim pursuant to s. 271. If the prosecution is to be based on the harm to the victim, the accused should be charged under s. 272(c). It is not for the courts to establish a subset of offence within s. 271 that is based on harm. Moreover, to the extent that the Court of Appeal held that the Crown need not prove psychological harm in some instances, but rather such harm may be presumed, it was in error. If the Crown wishes to rely upon the existence of psychological harm, it should charge under s. 272(c), and prove the offence. If harm is accepted as an aggravating factor under s. 271 and psychological harm may be presumed, the burden of proving harm as an aggravating factor is improperly lifted from the Crown and a burden of disproving harm shifts to the accused. In this case, the Court of Appeal's discussion of the presumption of harm was both erroneous and unnecessary; harm existed and was considered in setting the sentence.

The first sentence's departure from the Court of Appeal's view of the appropriate starting point of three years does not in itself imply that the sentence was demonstrably unfit. Nor was there any reason given by the Crown or the Court of Appeal to conclude that a six-month sentence for the second offence was demonstrably unfit. An appellate court may set out starting-point sentences as guides to lower courts and this starting

erreur de principe, et n'est pas une raison convenable d'annuler la peine infligée par le tribunal d'instance inférieure. Premièrement, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision qu'un tribunal d'instance inférieure a rendue en matière de peine. Deuxièmement, rien ne justifie, en droit, la création par les tribunaux, aux fins de déterminer la peine, d'une catégorie d'infractions dans le cadre d'une infraction prévue par la loi. Il appartient non pas aux juges de créer des infractions criminelles, mais plutôt au législateur d'édicter de telles infractions. En créant un type d'agression sexuelle connue sous le nom d'«agression sexuelle grave» et en fondant des décisions en matière de peine sur une telle catégorisation, la Cour d'appel de l'Alberta a effectivement créé une infraction, du moins aux fins de la détermination de la peine. Étant donné l'intention du législateur de traiter, à l'al. 272c) du *Code criminel*, des agressions sexuelles infligeant des lésions corporelles — qui comprennent le préjudice psychologique —, il est inadéquat de créer une «agression sexuelle grave» qui soit fondée, du moins en partie, sur l'existence d'un préjudice causé à la victime, conformément à l'art. 271. Si la poursuite doit être fondée sur le préjudice causé à la victime, l'accusé devrait être inculpé en vertu de l'al. 272c). Il n'appartient pas aux tribunaux d'établir une sous-catégorie d'infractions à l'art. 271 qui est fondé sur l'existence d'un préjudice. En outre, dans la mesure où la Cour d'appel a conclu que le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice psychologique dans certains cas, mais plutôt que l'existence d'un tel préjudice peut être présumée, elle a commis une erreur. Si le ministère public veut invoquer l'existence d'un préjudice psychologique, il devrait porter des accusations fondées sur l'al. 272c) et prouver l'existence de l'infraction. Si on reconnaît que le préjudice est un facteur aggravant en vertu de l'art. 271 et, si l'existence d'un préjudice psychologique peut être présumée, le ministère public se trouve dégagé à tort du fardeau de prouver l'existence d'un préjudice en tant que facteur aggravant, et l'accusé a alors le fardeau de réfuter le préjudice. En l'espèce, l'analyse de la présomption de préjudice à laquelle s'est livrée la Cour d'appel était à la fois erronée et inutile; il existait un préjudice et il en a été tenu compte au moment de fixer la peine.

Le fait que la première peine déroge à ce que la Cour d'appel perçoit comme un point de départ approprié de trois ans n'implique pas en soi que la peine n'était manifestement pas indiquée. Le ministère public et la Cour d'appel n'ont pas non plus donné de raison de conclure qu'une peine de six mois pour la deuxième infraction n'était manifestement pas indiquée. Une cour d'appel peut établir des peines comme point de départ pour

point may well be a factor to consider in determining whether a sentence is demonstrably unfit. If there is a wide disparity between the starting point for the offence and the sentence imposed, then, assuming that the Court of Appeal has set a reasonable starting point, the starting point certainly suggests, but is not determinative of, unfitness. Unless there otherwise is a proper reason to interfere with the sentence, a sentence cannot be altered on appeal, notwithstanding deviation from a starting point.

The decision to order concurrent or consecutive sentences should be treated with the same deference owed by appellate courts to sentencing judges concerning the length of sentences ordered. The Court of Appeal failed to raise a legitimate reason to alter the order of concurrent sentences made by the sentencing judge; the court simply disagreed with the result of the sentencing judge's exercise of discretion, which is an insufficient reason for interfering.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): A just sentence is one which reflects the seriousness of the crime and fits the individual circumstances of the accused. Appellate courts in a number of provinces have responded to the need to accommodate these dual goals and resolve the tension which may arise between them by introducing the concept of "starting-point" sentences. The starting-point approach to sentencing involves two steps. The first step consists of determining the appropriate range of sentence for an offence of this type in a typical case. At this stage, the inquiry is objective. The appropriate range is based on the general characteristics of the typical offence and on the assumption that the accused is a person of good character with no criminal record. Using that range as a starting point, the second step involves adjusting the sentence upward or downward on the basis of aggravating or mitigating factors. The judge must consider factors personal to the accused and the victim, and the actual consequences of the offence. In short, the sentence must be individualized to the particular crime and the particular accused before the court. This approach thus represents an attempt to marry in one sentencing principle the values of uniformity and individualization. With the starting-point approach, in all cases the final sentence will be the least that is appropriate in the circumstances.

guider les tribunaux d'instance inférieure, et le point de départ peut bien être un facteur à prendre en considération pour déterminer si une peine n'est manifestement pas indiquée. S'il y a une grande disparité entre le point de départ fixé pour l'infraction et la peine infligée, en supposant alors que la Cour d'appel a établi un point de départ raisonnable, ce point de départ laisse sûrement entendre, sans être déterminant à ce sujet, que la peine n'est manifestement pas indiquée. À moins qu'il n'y ait par ailleurs un motif de modifier la peine, une peine ne saurait être modifiée en appel, malgré l'existence d'une dérogation à un point de départ.

La décision d'infliger des peines concurrentes ou des peines consécutives devrait être traitée avec la même retenue que celle dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui ont infligé des peines en ce qui concerne la durée de ces peines. La Cour d'appel n'a pas exposé de raison légitime de modifier l'ordonnance du juge du procès, fixant des peines concurrentes; la cour a simplement exprimé son désaccord avec le résultat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a infligé les peines, ce qui est insuffisant pour intervenir.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La peine juste est celle qui reflète la gravité du crime et s'accorde avec la situation personnelle de l'accusé. Les cours d'appel d'un certain nombre de provinces ont réagi à la nécessité de concilier ces deux objectifs et d'éliminer la tension qui peut exister entre les deux, en introduisant la notion de peines constituant un «point de départ». La méthode du point de départ en matière de détermination de la peine comporte deux étapes. La première étape consiste à déterminer l'échelle de peines convenable pour une infraction de ce genre dans un cas type. À ce stade, l'analyse est objective. L'échelle convenable est fondée sur les caractéristiques générales de l'infraction type et sur l'hypothèse que l'accusé est une personne de bonne moralité qui ne possède aucun casier judiciaire. À l'aide de cette échelle comme point de départ, la deuxième étape consiste notamment à ajuster la peine à la hausse ou à la baisse selon l'existence de facteurs aggravants ou de facteurs atténuants. Le juge doit examiner les facteurs propres à l'accusé et à la victime, ainsi que les conséquences réelles de l'infraction. Bref, la peine doit être individualisée en fonction du crime reproché et de l'accusé qui comparait devant le tribunal. Cette méthode représente une tentative de fondre les valeurs d'uniformité et d'individualisation en un seul principe de détermination de la peine. Avec cette méthode du point de départ, la peine finale sera, dans tous les cas, la moins sévère qui convient dans les circonstances.

The starting-point approach, properly understood and applied, does not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This approach does not relieve the Crown of its burden of establishing the appropriateness of severe punishments. Once the Crown has established that the accused is guilty of the offence charged, it must then establish that the offence, in all the circumstances, falls within a particular range. This fixes the starting point. In order to obtain a harsher sentence, the Crown must also establish aggravating circumstances. On the other hand, if mitigating factors are revealed, the sentence will be reduced from the starting point. Further, the starting-point approach in sexual assault cases does not create a vague law which fails to delineate the area of risk as required by s. 7 of the *Charter*. The principle against vagueness applies to the question of what conduct is criminalized and not to sentencing ranges. The principle is satisfied if the law specifies the conduct prohibited and indicates a range of punishment. Even if the principle against vagueness did apply to sentencing ranges, the starting point here at issue would satisfy it. If anything, the starting-point approach increases the knowledge of the risk faced by a prospective or convicted accused. The possibility that judges may differ on whether to consider a particular assault major does not attract the vagueness principle. Vagueness does not arise simply because the law is open to varying interpretations by the courts.

The *Criminal Code* creates a single offence of sexual assault which embraces a wide range of conduct. The subdivision by the Alberta Court of Appeal of this vast offence into minor or major sexual assault for the purpose of sentencing, with a starting point of three years for major sexual assaults, does not amount to judicial legislation of a new offence. The starting-point approach is merely a variation on the traditional concept of ranges of sentence for particular types of criminal acts. To recognize a certain type of act as being serious or major, and hence, in the typical case, attracting a sentence in a particular range, is not to create a new crime.

The starting-point approach, properly conceived, does not involve a presumption of harm in sexual assault cases. When determining the starting point, the judge must consider whether the violation of the victim's integrity was "such that a reasonable person would

La méthode du point de départ, bien interprétée et appliquée, ne viole pas l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette méthode ne dégage pas le ministère public du fardeau qui lui incombe d'établir qu'il convient d'infliger des châtimens sévères. Une fois que le ministère public a établi que l'accusé est coupable de l'infraction reprochée, il doit ensuite établir que, compte tenu de toutes les circonstances, l'infraction se situe dans une échelle particulière. Cela fixe le point de départ. Pour obtenir une peine plus sévère, le ministère public doit également établir l'existence de circonstances aggravantes. Par ailleurs, s'il y a des facteurs atténuants, la peine infligée sera inférieure au point de départ. De plus, la méthode du point de départ dans les affaires d'agression sexuelle ne crée pas de règle imprécise qui ne délimite pas le risque couru, comme l'exige l'art. 7 de la *Charte*. Le principe interdisant l'imprécision s'applique à la question de savoir quelle conduite est criminalisée et non pas aux échelles de peines. Ce principe est respecté si la loi spécifie la conduite prohibée et indique une échelle de peines. Même si le principe interdisant l'imprécision s'appliquait aux échelles de peines, le point de départ en cause dans la présente affaire le respecterait. La méthode du point de départ accroît plutôt la connaissance du risque auquel s'expose un accusé éventuel ou déclaré coupable. La possibilité que des juges divergent d'opinions sur la question de savoir si une agression doit être considérée comme grave ne fait pas entrer en jeu le principe interdisant l'imprécision. L'imprécision n'est pas le simple fait que la loi peut être interprétée de diverses façons par les tribunaux.

Le *Code criminel* crée une seule infraction d'agression sexuelle qui vise une vaste gamme de comportements. La division, par la Cour d'appel de l'Alberta, de cette grande infraction en agression sexuelle sans gravité et en agression sexuelle grave, aux fins de la détermination de la peine, avec un point de départ de trois ans pour les agressions sexuelles graves, n'équivaut pas à une règle de droit prétorien créant une nouvelle infraction. La méthode du point de départ constitue simplement une variante de la notion traditionnelle de l'échelle de peines applicable à certains types d'actes criminels. Reconnaître qu'un type d'acte est grave et est donc assorti, dans le cas type, d'une peine située dans une échelle particulière, ne revient pas à créer un nouveau crime.

Bien conçue, la méthode du point de départ ne comporte aucune présomption de préjudice en matière d'agression sexuelle. Pour déterminer le point de départ, le juge doit se demander si la violation de l'intégrité de la victime était «telle qu'une personne raisonnable

know beforehand that the victim likely would suffer lasting emotional or psychological injury, whether or not physical injury occurs". The inquiry at that stage is concerned not with the actual facts of the case but with the sort of harm this type of assault would be likely to cause. Actual harm becomes an issue only at the stage of the individualization of the sentence where the judge must determine whether in fact the crime caused lasting emotional or psychological harm to the victim. At both stages, there is no presumption of harm. Because the starting-point approach does not presume actual harm to the victim, it does not violate the rule that the Crown bears the burden of proving exacerbating circumstances, nor does it conflict with the logic underlying s. 272 of the *Criminal Code*, which requires proof of actual harm in the particular case.

Courts of appeal may intervene where the sentence discloses error of principle or is demonstrably unfit. The starting-point approach does not provide a new judge-made legal principle, enabling courts of appeal to interfere with the proper exercise of the sentencing judge's decision. The starting point is not a principle of law, but rather a tool to determine the proper range of sentence for a certain type of offence. Failure to allude to the appropriate starting point or range is not an error of principle. When a court of appeal interferes on the ground that the judge ignored the correct starting point, it is simply saying that the sentence is demonstrably unfit because it falls outside the acceptable range of sentence for that sort of offence.

Here, the sentence imposed at trial was "demonstrably unfit". A review of many cases from Alberta reveals that a sentence of less than two years in circumstances similar to the case at bar constitutes a marked departure from the norm. The unfit nature of the sentence resulted from the sentencing judge's failure to place appropriate weight on the appropriate factors, thus depreciating the seriousness of the offence. Most significantly, she placed great emphasis on the physical acts but did not ask herself whether this was the sort of offence which would likely result in lasting psychological or emotional harm — the hallmark of a major sexual assault. The Court of Appeal correctly identified the first offence as a major sexual assault. While it involved no violence or threats, the result of such an assault on a typical victim would likely have been lasting emotional and psycho-

saurait à l'avance que la victime risquerait de subir un préjudice émotionnel ou psychologique permanent, peu importe que des lésions corporelles soient causées ou non». L'analyse à ce stade porte non pas sur les faits réels de l'affaire mais sur le genre de préjudice que ce type d'agression risquerait de causer. La question de l'existence d'un préjudice réel ne se pose qu'à l'étape de l'individualisation de la peine où le juge doit se demander si le crime a effectivement causé à la victime un préjudice émotionnel ou psychologique permanent. Il n'y a, à ces deux stades, aucune présomption de préjudice. Parce qu'elle ne présume pas que la victime a subi un préjudice réel, la méthode du point de départ ne viole pas la règle selon laquelle il incombe au ministère public de prouver l'existence de circonstances aggravantes, et elle n'entre pas en conflit avec la logique qui sous-tend l'art. 272 du *Code criminel*, qui exige la preuve de l'existence d'un préjudice réel dans l'affaire en cause.

Les cours d'appel peuvent intervenir lorsque la peine révèle l'existence d'une erreur de principe ou n'est manifestement pas indiquée. La méthode du point de départ ne crée pas un nouveau principe de droit prétorien, qui habilite les cours d'appel à s'immiscer dans l'exercice adéquat du pouvoir discrétionnaire du juge qui inflige la peine. Le point de départ est non pas un principe de droit, mais plutôt un moyen de déterminer l'échelle de peines appropriée pour un certain type d'infraction. L'omission de faire allusion au point de départ ou à l'échelle appropriés ne constitue pas une erreur de principe. Lorsqu'une cour d'appel intervient pour le motif que le juge n'a pas tenu compte du bon point de départ, elle ne fait que dire que la peine n'est manifestement pas indiquée parce qu'elle se situe en dehors de l'échelle de peines acceptable pour ce genre d'infraction.

En l'espèce, la peine infligée lors du procès «n'était manifestement pas indiquée». L'examen d'un bon nombre d'arrêts de l'Alberta révèle qu'une peine de moins de deux ans dans des circonstances semblables à celles dont il est question en l'espèce s'écarte de façon marquée de la norme. Le caractère non indiqué de la peine résultait de l'omission du juge qui l'a infligée d'accorder suffisamment de poids aux facteurs appropriés, ce qui a eu pour effet de déprécier la gravité de l'infraction. Qui plus est, elle a beaucoup insisté sur les actes physiques, mais elle ne s'est pas demandé si c'était le genre d'infraction qui risquerait de causer un préjudice psychologique ou émotionnel permanent qui caractérise une agression sexuelle grave. La Cour d'appel a décrit correctement la première infraction comme étant une agression sexuelle grave. Même si elle était dépourvue de

logical harm. The case exhibited few mitigating factors but a number of aggravating ones, including abuse of trust and lasting emotional and psychological harm. By adding a year to the starting-point sentence, the Court of Appeal imposed a sentence which reflected the seriousness of the offence as well as the particular circumstances of the accused. The second offence, viewed in isolation, also qualifies as a major sexual assault. The Court of Appeal correctly concluded that concurrent sentences were not appropriate in this case, which involved two separate offences on two different victims, separated by a period of seven years. Nevertheless, the global effect of the sentences must be considered and the Court of Appeal correctly imposed a sentence of one year for the second offence, to be served consecutively.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; **distinguished:** *R. v. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. v. S. (W.B.)*; *R. v. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. v. Spence* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. v. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. v. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; **referred to:** *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. v. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. R.P.T.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 109.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Hessam (1983), 43 A.R. 247; *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. v. Natanson* (1927), 49 C.C.C. 89; *R. v. Connor and Hall* (1957), 118 C.C.C. 237; *R. v. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183; *R. v. Jourdain and Kudyba* (1958), 121 C.C.C. 82; *R. v. Zong* (1986), 173 A.P.R. 432; *R. v. Muswagon* (1993), 88 Man. R. (2d) 319; *R. v. Post* (1996), 72 B.C.A.C. 312; *R. v. Jackson* (1993), 87 C.C.C. (3d) 56; *R. v. Glassford* (1988), 27 O.A.C. 194; *R. v. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Edwards*; *R. v. Brandy*, *The Times*, July 1, 1996; *R. v. Jabaltjari* (1989), 46 A. Crim. R. 47; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. v. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. v. Sand* (1991), 120 A.R. 397; *R. v. S.*

violence et de menaces, une telle agression sur une victime type lui aurait vraisemblablement causé un préjudice émotionnel et psychologique permanent. L'affaire comportait peu de facteurs atténuants mais un certain nombre de facteurs aggravants, dont un abus de confiance et un préjudice émotionnel et psychologique permanent. En ajoutant un an à la peine qui constituait le point de départ, la Cour d'appel a infligé une peine qui reflétait la gravité de l'infraction ainsi que la situation particulière de l'accusé. Considérée séparément, la deuxième infraction peut elle aussi être qualifiée d'agression sexuelle grave. La Cour d'appel a eu raison de conclure qu'il ne convenait pas d'infliger des peines concurrentes dans la présente affaire où il est question de deux infractions distinctes commises, à sept ans d'intervalle, sur deux victimes différentes. Néanmoins, il faut tenir compte de l'incidence globale des peines, et la Cour d'appel a eu raison d'imposer une peine consécutive d'un an pour la deuxième infraction.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. c. S. (W.B.)*; *R. c. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. c. Spence* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. c. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. c. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. c. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. R.P.T.* (1983), 7 C.C.C. (3d) 109.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Hessam (1983), 43 A.R. 247; *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. c. Natanson* (1927), 49 C.C.C. 89; *R. c. Connor and Hall* (1957), 118 C.C.C. 237; *R. c. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183; *R. c. Jourdain and Kudyba* (1958), 121 C.C.C. 82; *R. c. Zong* (1986), 173 A.P.R. 432; *R. c. Muswagon* (1993), 88 Man. R. (2d) 319; *R. c. Post* (1996), 72 B.C.A.C. 312; *R. c. Jackson* (1993), 87 C.C.C. (3d) 56; *R. c. Glassford* (1988), 27 O.A.C. 194; *R. c. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Edwards*; *R. c. Brandy*, *The Times*, 1^{er} juillet 1996; *R. c. Jabaltjari* (1989), 46 A. Crim. R. 47; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; *R. c. S.G.O.R.* (1991), 113 A.R. 36; *R. c. Sand*

(W.B.); *R. v. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. v. R.S.B.* (1992), 135 A.R. 23; *R. v. Spence*; *R. v. F. (D.L.)* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. v. R.E.C.*, [1993] A.J. No. 303 (QL); *R. v. D.M.B.* (1993), 141 A.R. 307; *R. v. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. v. Dionne*, [1993] A.J. No. 939 (QL); *R. v. D.K.* (1994), 155 A.R. 269; *R. v. Watson* (1994), 157 A.R. 80; *R. v. Wagar* (1995), 174 A.R. 317; *R. v. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; *R. v. Lakotos* (1996), 187 A.R. 45; *R. v. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22, s. 6.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 10], 272, 724(3)(e) [repl. 1995, c. 22, s. 6].

Authors Cited

Canada. Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, 1987.
 Cross, Rupert, Sir. *The English Sentencing System*, 2nd ed. London: Butterworths, 1975.
 Linden, Allen M. "A Fresh Approach to Sentencing in Canada". In Hélène Dumont, ed., *Sentencing*. Cowansville, Que.: Canadian Institute for the Administration of Justice, 1987, 53.
 Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
 Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Young, Alan. *The Role of an Appellate Court in Developing Sentencing Guidelines*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1988.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170, allowing the Crown's appeal against sentence. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Marvin R. Bloos, for the appellant.

(1991), 120 A.R. 397; *R. c. S. (W.B.)*; *R. c. P. (M.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. c. R.S.B.* (1992), 135 A.R. 23; *R. c. Spence*; *R. c. F. (D.L.)* (1992), 78 C.C.C. (3d) 451; *R. c. R.E.C.*, [1993] A.J. No. 303 (QL); *R. c. D.M.B.* (1993), 141 A.R. 307; *R. c. Nicholson* (1993), 145 A.R. 262; *R. c. Dionne*, [1993] A.J. No. 939 (QL); *R. c. D.K.* (1994), 155 A.R. 269; *R. c. Watson* (1994), 157 A.R. 80; *R. c. Wagar* (1995), 174 A.R. 317; *R. c. Lapatak* (1995), 169 A.R. 385; *R. c. Lakotos* (1996), 187 A.R. 45; *R. c. A.B.C.* (1991), 120 A.R. 106.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 10], 272, 724(3)e) [repl. 1995, ch. 22, art. 6].
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22, art. 6.

Doctrine citée

Canada. Commission sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, 1987.
 Cross, Rupert, Sir. *The English Sentencing System*, 2nd ed. London: Butterworths, 1975.
 Linden, Allen M. «Une nouvelle perspective en matière de détermination de la peine». Dans Hélène Dumont, dir., *La détermination de la peine*. Cowansville, Qué.: Institut canadien d'administration de la justice, 1987, 53.
 Marshall, Patricia. «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
 Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Young, Alan. *Élaboration de lignes directrices en matière de la détermination de la peine: le rôle d'une cour d'appel*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une peine. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Marvin R. Bloos, pour l'appelant.

Paul L. Moreau, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

Paul L. Moreau, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

¹ SOPINKA J. — This appeal concerns the decision of the Court of Appeal to overturn the sentences imposed by the sentencing judge for two counts of sexual assault *simpliciter* to which the appellant had pleaded guilty. The Court of Appeal, concluding that the first assault complained of was a “major sexual assault” as that court had defined it in past cases, set aside the global sentence of one year, and instead imposed a global sentence of five years.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne la décision de la Cour d'appel d'écarter les peines infligées par le juge du procès quant à deux chefs d'agression sexuelle simple relativement auxquels l'appelant avait plaidé coupable. La Cour d'appel a annulé la peine globale d'un an et l'a remplacée par une peine globale de cinq ans, après avoir conclu que la première agression reprochée était une [TRADUCTION] «agression sexuelle grave» au sens qu'elle avait donné à cette expression dans des affaires antérieures.

² In my view, the decision of the Court of Appeal was inconsistent with the deference that is owed to sentencing judges by appellate courts. A disagreement over the categorization of the assault as the appellate court has defined the category is an inappropriate ground to set aside the lower court's sentence. In the present case, the sentencing judge did not commit an error in principle, did not ignore relevant factors and did not impose a demonstrably unfit sentence. Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the sentence imposed initially by the sentencing judge.

À mon avis, la décision de la Cour d'appel ne cadre pas avec la retenue dont les cours d'appel doivent faire preuve envers les juges qui infligent une peine. Un désaccord sur la classification de l'agression, définie par la cour d'appel, n'est pas une raison convenable d'annuler la peine infligée par le tribunal d'instance inférieure. En l'espèce, le juge qui a infligé la peine n'a commis aucune erreur de principe, n'a pas passé sous silence des facteurs pertinents et n'a pas infligé une peine qui n'était manifestement pas indiquée. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine infligée initialement par le juge du procès.

I. Facts

I. Les faits

³ Following a preliminary inquiry, the appellant pleaded guilty to two counts of sexual assault, contrary to s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The first offence occurred in 1986 when the appellant was 29 years of age. The complainant was then a 16-year-old ward of the Alberta government and had been placed in the appellant's home by Social Services. Approximately two weeks after her arrival in the appellant's home, the complainant was asleep on the living room couch, lying on her back. The appellant came home intoxicated. He undid the complainant's pants, at which point the complainant turned over on her stomach and tried to press herself into the couch. She testified

À la suite d'une enquête préliminaire, l'appelant a plaidé coupable relativement à deux chefs d'agression sexuelle au sens de l'art. 271 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La première infraction a été commise en 1986, au moment où l'appelant était âgé de 29 ans. La plaignante, alors âgée de 16 ans, était pupille du gouvernement de l'Alberta et avait été placée chez l'appelant par les services sociaux. Environ deux semaines après son arrivée chez l'appelant, la plaignante était étendue sur le dos et dormait sur le canapé du salon. L'appelant est entré chez lui en état d'ébriété. Il a défait le pantalon de la plaignante qui s'est alors retournée sur le ventre et a essayé de s'enfoncer dans le

that she did so in the hope that perhaps he would go away if he thought she were sleeping. He did not. Instead, he took off her jeans and started to kiss her buttock area. She was trying to pretend that she was sleeping. Then he penetrated her vagina with his penis. She described the degree of penetration as being "a little bit" since she had her legs pressed together and he was trying to get them apart. Finally, he said "You're too difficult" and rolled onto the floor. He tried to put the complainant's jeans back on. The complainant waited until she was sure that the appellant was asleep on the floor and then she went downstairs to her room. At no time did the complainant consent to the appellant's actions.

The second offence occurred in 1993 when the appellant was 36 years of age. The complainant was a 14-year-old babysitter for the appellant's family. She had fallen asleep on her stomach on a hide-a-bed while babysitting. She testified that when she had gone to bed, she had been wearing a T-shirt, underwear and had a sleeping bag wrapped around her. When she awoke at 3:30 a.m., her underwear was pulled down and the sleeping bag was around her feet. The appellant was on top of her, rubbing her back under her T-shirt with one hand and rubbing her buttocks with the other. He then reached under her stomach touching her pelvic and vaginal areas. The appellant was trying to turn her over onto her stomach. He did not touch her breasts. She screamed and fled from the residence.

The appellant pleaded guilty to the two offences. The sentencing judge found that neither of the two sexual assaults was a major one. She imposed a sentence of 12 months in custody followed by two years' probation. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, finding that the sexual assaults were major ones and sentenced the appellant to five years' imprisonment: (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170. The appellant appeals the Court of Appeal's decision.

canapé. Elle a témoigné avoir agi ainsi dans l'espoir qu'il pourrait peut-être s'en aller s'il la croyait endormie. Il n'est pas parti. Au lieu de cela, il lui a enlevé son jeans et a commencé à l'embrasser sur les fesses. Elle tentait de feindre de dormir. Il lui a alors introduit le pénis dans le vagin. Elle a précisé qu'il l'avait pénétrée [TRADUCTION] «un peu», car elle serrait les jambes, qu'il essayait d'écartier. Finalement, il a dit [TRADUCTION] «Tu es trop difficile» et il a roulé sur le plancher. Il a tenté de lui remettre son jeans. Celle-ci a attendu d'être certaine que l'appelant dormait sur le plancher avant de descendre à sa chambre. À aucun moment, la plaignante n'a consenti aux gestes de l'appelant.

La deuxième infraction a été commise en 1993, au moment où l'appelant était âgé de 36 ans. La plaignante était âgée de 14 ans et gardait les enfants de l'appelant. Elle était étendue sur le ventre et s'était endormie sur un divan-lit pendant qu'elle gardait les enfants. Elle a témoigné que, lorsqu'elle était allée se coucher, elle portait un tee-shirt, un sous-vêtement et s'était enroulée dans un sac de couchage. Quand elle s'est réveillée à 3 h 30, son sous-vêtement était descendu et le sac de couchage était enroulé autour de ses pieds. L'appelant était sur elle, lui frottait le dos sous son tee-shirt d'une main et lui frottait les fesses de l'autre main. Il a ensuite porté la main à son bas-ventre et lui a fait des attouchements au bassin et au vagin. L'appelant essayait de la retourner sur le ventre. Il ne lui a pas touché les seins. Elle a crié et s'est enfuie de la résidence.

L'appelant a plaidé coupable relativement aux deux infractions. Le juge qui a infligé la peine a conclu que ni l'une ni l'autre des agressions sexuelles n'était grave. Elle a infligé une peine de 12 mois de détention, suivie d'une période de probation de deux ans. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a conclu qu'il s'agissait d'agressions sexuelles graves et a condamné l'appelant à une peine d'emprisonnement de cinq ans: (1995), 169 A.R. 170, 97 W.A.C. 170. L'appelant se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel.

4

5

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

271. (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

272. Every one who, in committing a sexual assault,

(c) causes bodily harm to the complainant . . .

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

III. Prior Judgments

A. *Provincial Court of Alberta*

Given the importance of the specific findings of the sentencing judge to the issues in the present appeal, I set out here the reasons of Burch Prov. Ct. J. pertaining to sentence in their entirety:

I have reviewed the facts as provided to me by the Crown today and confirmed by Mr. Tatarchuk and as heard by me at the preliminary inquiry with respect to the charges laid by [the first complainant]. I find that neither the assault on [the first complainant] nor on [the second complainant] were major sexual assaults as described in *Regina v. Sandercock*, or even as later refined since that case.

The assault in 1986 against [the first complainant] occurred on a 16-year-old girl who was placed in Mr. McDonnell's home by Social Services to help her resolve problems in her own home. She liked and trusted the McDonnells and had nowhere else to go.

The assault, while reprehensible, was an isolated one, and it was a situation of far more than fondling as the accused attempted penetration. However, in that case, there was no involvement of violence nor of threats. It did not involve oral sex nor anal intercourse, and there was only partial penetration. The event was spontaneous

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

271. (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

272. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, en commettant une agression sexuelle, selon le cas:

c) inflige des lésions corporelles au plaignant . . .

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour provinciale de l'Alberta*

Étant donné l'importance des conclusions particulières que le juge qui a infligé la peine a tirées relativement aux questions en litige dans le présent pourvoi, j'expose ici intégralement les motifs du juge Burch qui se rapportent à la peine:

[TRADUCTION] J'ai examiné les faits qui m'ont été présentés aujourd'hui par le ministère public et confirmés par M^e Tatarchuk, et que j'ai entendus à l'enquête préliminaire relativement aux accusations portées par [la première plaignante]. J'estime que ni l'agression de [la première plaignante] ni celle de [la deuxième plaignante] ne constituaient des agressions sexuelles graves au sens de l'arrêt *Regina c. Sandercock*, ou même précisées par la suite.

L'agression de [la première plaignante], en 1986, a été commise sur une jeune fille de 16 ans que les services sociaux avaient placée chez M. McDonnell afin de l'aider à résoudre les problèmes qu'elle connaissait chez elle. Elle aimait les McDonnell et avait confiance en eux et n'avait aucun autre endroit où aller.

L'agression, quoique répréhensible, était un acte isolé, et il s'agissait beaucoup plus que des caresses, car l'accusé a tenté de pénétrer la victime. Toutefois, dans ce cas-là, il n'y a eu ni violence ni menaces. Il n'y a eu ni sexe oral ni sodomie, et il y a seulement eu pénétration partielle. L'épisode a été spontané en raison de

due to Mr. McDonnell's drunkenness on the night in question. It was a traumatic experience for the victim, but she was already 16 years old and was having other problems which may have contributed to her subsequent state of mind.

She cared for the defendant and she cared for his wife, and thus she didn't report the incident, unfortunately so, or Mr. McDonnell might have subsequently quit drinking, thus avoiding the later repetition of the offence in circumstances of a similar nature.

In sentencing Mr. McDonnell regarding this first charge, I am cognizant of the decision in *R. v. R.P.T.* [(1983), 7 C.C.C. (3d) 109 (Alta. C.A.)], but this is not a case where simple rehabilitation will suffice. Mr. McDonnell needs to commit to never drinking again, thus satisfying the concern that he may never re-offend if he does so only when drinking, but there must be some element of denunciation and general deterrence in this matter as well.

Thus, as stated in *Regina v. R.P.T.* at page 114, the only solution, however imperfect, is to graft a rehabilitative sentence to a denunciatory sentence.

In sentencing Terry McDonnell, I take into account his strong family support, the strong community support, his remorse and his desire to quit drinking, but also the trauma suffered by the victim at a time when she was already troubled, and the fact that F.A.C.S. doesn't see counselling as being of any use to prevent re-offending, for Mr. McDonnell might simply re-offend if drunk again.

Lastly, I recognize that the time elapsed since the offence has relevance in relation to the relative effect of this on both the accused and the victim.

I believe that a fit sentence is 12 months in custody followed by two years probation.

Regarding the charges of assault against [the second complainant], the victim in this case has been traumatized, but the acts of the accused were very much in the 'less grave' category. Mr. McDonnell is a man of otherwise good character and is a strong member of his community. He has always maintained employment and supported his family. An additional lengthy consecutive custodial sentence to the custodial sentence imposed on the first charge would only seek to destroy the accused

l'état d'ébriété de M. McDonnell le soir en question. Ce fut une expérience traumatisante pour la victime, mais elle avait déjà 16 ans et avait d'autres problèmes qui ont pu contribuer à son état d'esprit subséquent.

Elle aimait bien le défendeur et son épouse et elle n'a donc pas signalé l'épisode, ce qui était malheureux car M. McDonnell aurait pu cesser de boire par la suite et éviter la répétition de l'infraction dans des circonstances similaires.

En déterminant la peine de M. McDonnell relativement à cette première accusation, je suis consciente de l'arrêt *R. c. R.P.T.* [(1983), 7 C.C.C. (3d) 109 (C.A. Alb.)], mais ce n'est pas un cas où une simple réhabilitation suffira. Monsieur McDonnell doit s'engager à ne plus jamais boire, et dissiper ainsi toute crainte de récidive de sa part s'il agit ainsi seulement lorsqu'il boit, mais il doit aussi y avoir un élément d'exemplarité et de dissuasion générale dans ce cas.

Donc, comme on l'affirme dans *Regina c. R.P.T.*, à la page 114, la seule solution, bien qu'imparfaite, consiste à greffer une peine visant la réhabilitation à une peine exemplaire.

Pour déterminer la peine de Terry McDonnell, je tiens compte de l'appui solide dont il jouit de la part de sa famille, de ses remords et de sa volonté de cesser de boire, mais également du traumatisme subi par la victime à une époque où elle était déjà troublée et du fait que le F.A.C.S. ne considère pas le counselling comme étant de quelque utilité pour empêcher la récidive, car M. McDonnell pourrait tout simplement récidiver s'il se retrouvait en état d'ébriété.

Enfin, je reconnais que le laps de temps écoulé depuis la perpétration de l'infraction est pertinent en ce qui concerne son effet relatif sur l'accusé et la victime.

J'estime qu'il convient d'infliger une peine de 12 mois de détention, suivie d'une période de probation de deux ans.

Quant aux accusations d'agression de [la deuxième plaignante], la victime a été traumatisée dans ce cas, mais les actes de l'accusé entraient fort aisément dans la catégorie des «moins graves». Monsieur McDonnell est un homme de bonne moralité par ailleurs et est un membre actif de sa collectivité. Il a toujours travaillé et subvenu aux besoins de sa famille. Une longue peine supplémentaire de détention consécutive à la peine de détention infligée relativement à la première accusation

and his family and is not necessary to deter others from committing such an offence.

I will thus sentence him to six months in gaol concurrent to the first sentence, plus probation for the same period of time.

B. *Court of Appeal for Alberta* (The Court)

8 The Court of Appeal held that the sentencing judge erred in concluding that the first assault was not a major sexual assault. *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (Alta. C.A.), held (at p. 84) that the key to a major sexual assault is the "evident blameworthiness of the offender", as reflected in the extent to which the offender's actions demonstrated "contemptuous disregard for the feelings and personal integrity of the victim". In the present case, the court held that the appellant breached the trust reposed in him as a foster parent and did so in a manner which involved a serious violation of the complainant's sexual and personal integrity and demonstrated a complete lack of concern for the feelings of the young girl. There was partial penile penetration of the vagina.

9 With respect to the defence argument that the Crown had failed to prove the psychological harm aspect of a major sexual assault, the court stated (at p. 173):

The first point we wish to make is that we cannot envision a situation where nonconsensual intercourse — vaginal, anal or oral — would not fall into the major sexual assault category. These acts, by their very nature, constitute the ultimate violation of a woman's sexual integrity. And where one is dealing with assaults falling into the major category because of their very nature — and here we include rape, attempted rape, fellatio, cunnilingus, and buggery — the violence, force and intensity of the act are a given: *R. v. McCraw*. . . . In addition, in each case, there also exists a very real likelihood of psychological harm. Therefore, what must be understood is that it is not necessary that the Crown prove the existence of this kind of harm as a condition precedent to the courts classifying a sexual assault as a major one. Psychological harm is presumed in the absence of

ne viserait qu'à détruire l'accusé et sa famille et n'est pas nécessaire pour dissuader autrui de commettre une telle infraction.

Je vais donc le condamner à une peine de six mois d'emprisonnement à purger concurremment avec la première peine, en plus d'une période de probation de même durée.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (la cour)

La Cour d'appel a statué que le juge qui a infligé la peine a commis une erreur en concluant que la première agression ne constituait pas une agression sexuelle grave. Dans *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (C.A. Alb.), on a jugé, à la p. 84, que l'élément essentiel d'une agression sexuelle grave est la [TRADUCTION] «culpabilité évidente du contrevenant», que traduit la mesure dans laquelle ses actes révélaient un [TRADUCTION] «mépris des sentiments et de l'intégrité personnelle de la victime». En l'espèce, la cour a statué que l'appelant a abusé de la confiance dont il jouissait en tant que parent de famille d'accueil, et ce, d'une manière qui comportait une atteinte grave à l'intégrité sexuelle et personnelle de la plaignante et qui révélait une insouciance totale à l'égard des sentiments de la jeune fille. Il y a eu pénétration partielle du pénis dans le vagin.

En ce qui concerne l'argument de la défense selon lequel le ministère public n'a pas prouvé l'existence du préjudice psychologique qui résulte d'une agression sexuelle grave, la cour affirme (à la p. 173):

[TRADUCTION] Nous voulons d'abord souligner que nous ne pouvons pas envisager une situation où des rapports sexuels non consensuels — vaginaux, anaux ou oraux — ne tomberaient pas dans la catégorie des agressions sexuelles graves. Ces actes, de par leur nature même, constituent l'atteinte la plus grave à l'intégrité sexuelle d'une femme. Et lorsqu'il est question d'agressions qui tombent dans la catégorie des agressions graves en raison de leur nature même — et nous entendons notamment ici le viol, la tentative de viol, la fellation, le cunnilingus et la sodomie — la violence, la force et l'intensité de l'acte sont des éléments acquis: *R. c. McCraw* [. . .] De plus, dans chaque cas, il existe également un risque très réel de préjudice psychologique. Par conséquent, ce qu'il faut comprendre, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve l'existence

evidence to the contrary. That is what this court said in *Sandercock*.

The court elaborated (at pp. 174-75):

To put the matter another way, the offender is being sentenced on the basis of a major sexual assault, not because any specific psychological consequences have flowed from the attack but rather because of the nature of the attack and the fact that it poses the very real likelihood of long-term emotional or psychological harm. The fact that no such harm may materialize, a fact one could not possibly know until the victim's life had been lived in its entirety, is not a mitigating factor. However, that said, this does not mean that the consequences of the sexual assault are irrelevant. The degree of seriousness of the actions may be measured against the likely long-term consequences of the prohibited act. In other words, where the psychological harm has been severe, that may well be an aggravating factor. Of course, where harm beyond that which would be normally presumed is claimed in a case, the Crown must lead evidence to substantiate it.

For these reasons, therefore, to bring into question what is presumed to be the psychological harm flowing from a major sexual assault, it is not enough that the defence simply denies that it exists. Bringing the presumed harm into question in this context means pointing to cogent evidence to the contrary. No such evidence existed in this case. [Emphasis in original.]

The court rejected the argument that the first victim did not suffer trauma because she already had other problems as both incorrect at law and perverse; her problems made her even more vulnerable. In any event, the victim testified at trial that the assault caused her psychological harm and the victim impact statement, which was before the sentencing judge by consent, also indicated such harm.

The court also held that the second sexual assault was serious, not minor. Given the nature of the attack, psychological harm is rightly presumed.

de ce genre de préjudice pour que la cour puisse qualifier de grave une agression sexuelle. L'existence d'un préjudice psychologique est présumée en l'absence de preuve contraire. C'est ce que notre cour a dit dans l'arrêt *Sandercock*.

La cour ajoute (aux pp. 174 et 175):

[TRADUCTION] Autrement dit, le contrevenant se voit infliger une peine fondée sur l'existence d'une agression sexuelle grave, non pas parce que des conséquences psychologiques particulières ont résulté de l'attaque, mais plutôt à cause de sa nature et du fait qu'elle engendre un risque très réel de préjudice émotionnel ou psychologique à long terme. Le fait qu'aucun préjudice de ce genre ne puisse se concrétiser, fait qu'on ne pourrait peut-être pas connaître tant que la vie de la victime ne se sera pas déroulée au complet, n'est pas un facteur atténuant. Cependant, ceci dit, cela ne signifie pas que les conséquences d'une agression sexuelle ne sont pas pertinentes. La gravité des actes accomplis peut être évaluée en fonction des conséquences probables à long terme de l'acte prohibé. Autrement dit, lorsque le préjudice psychologique est grave, cela peut bien constituer un facteur aggravant. Naturellement, lorsqu'on évoque un préjudice dépassant ce qui serait normalement présumé dans une affaire donnée, le ministère public doit présenter des éléments de preuve à l'appui.

C'est pourquoi, pour mettre en question ce qui est présumé être le préjudice psychologique résultant d'une agression grave, il ne suffit donc pas que la défense en nie simplement l'existence. Mettre en question l'existence présumée d'un préjudice dans ce contexte signifie attirer l'attention sur une forte preuve contraire. Une telle preuve n'existait pas en l'espèce. [Souligné dans l'original.]

La cour a rejeté comme étant à la fois malencontreux et inexact en droit l'argument selon lequel la première victime n'a subi aucun traumatisme parce qu'elle avait déjà d'autres problèmes; ses problèmes la rendaient encore plus vulnérable. De toute façon, la victime a témoigné au procès que l'agression lui avait causé un préjudice psychologique, et l'énoncé des répercussions sur la victime, qui a été soumis au juge avec le consentement de toutes les parties, indiquait aussi l'existence d'un tel préjudice.

La cour a également statué que la deuxième agression était grave, et non pas mineure. Étant donné la nature de l'attaque, l'existence d'un