

R. v. O'Toole, 2012 CMAC 5

CMAC 556

Ordinary Seaman K.G. O'Toole

Appellant / Applicant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, November 5, 2012.

Order: Ottawa, Ontario, November 6, 2012.

Reasons for Order: Ottawa, Ontario, December 14, 2012.

Present: Blanchard, C.J.

Review of refusal to release the Applicant pending trial, by Standing Court Martial at Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia, on October 18, 2012.

Release from custody — Review under s. 159 of the National Defence Act — Must consider if the Military Judge committed an error in law or principle or was clearly wrong and material changes in circumstance — Analysis of potential to re-offend must include determination of whether offence will be violent or impact moral, efficiency, or discipline in the context of operational readiness.

Statutory interpretation — Civilian jurisprudence instructive in interpreting National Defence Act — The military justice system should resemble the civilian justice system where there is no military rationale for diversion.

The applicant seeks review of the direction of a Military Judge refusing his release from custody pursuant to section 159.9 of the *National Defence Act*. The Applicant was initially arrested following an altercation with the manager of a bank in Victoria and found in possession of medication stolen from Canadian Forces Base Esquimalt. The applicant then violated his conditions of release, fleeing to Winnipeg, where he was again arrested and escorted back to Canadian Forces Base Esquimalt. He was then charged with theft and failure to comply with conditions of release and released again, at which time he completed a treatment program for addiction. The applicant was convicted on both charges.

R. c. O'Toole, 2012 CACM 5

CMAC 556

Matelot de 3^e classe K.G. O'Toole

Appelant / requérant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 5 novembre 2012.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 6 novembre 2012.

Motifs du jugement : Ottawa (Ontario), le 14 décembre 2012.

Devant : Le juge en chef Blanchard

Examen du refus de mise en liberté du requérant en attente de son procès devant la cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), le 18 octobre 2012.

Mise en liberté — Examen aux termes de l'art. 159 de la Loi sur la défense nationale — Déterminer si le juge militaire a commis une erreur de droit ou de principe ou s'il a manifestement eu tort et si la situation a changé de façon importante — L'analyse du risque de récidive doit tenir compte de la possibilité que l'infraction soit violente ou qu'elle ait une incidence sur le moral, l'efficacité ou la discipline dans le contexte de la capacité opérationnelle.

Interprétation de la loi — La jurisprudence civile renseigne sur l'interprétation de la Loi sur la défense nationale — Le système de justice militaire devrait se rapprocher du système de justice civile lorsqu'aucune raison d'ordre militaire ne justifie l'adoption d'une approche différente.

Le requérant demande une révision, aux termes de l'article 159.9 de la *Loi sur la défense nationale*, de la décision d'un juge militaire qui a refusé sa mise en liberté. Le requérant a été arrêté pour la première fois à la suite d'une altercation avec le directeur d'une banque à Victoria; on a alors découvert qu'il était en possession de médicaments volés à la Base des Forces canadiennes Esquimalt. Le requérant a violé ses conditions de mise en liberté en s'enfuyant à Winnipeg; il a été ramené sous escorte à la Base des Forces canadiennes Esquimalt. Il a été accusé de vol et de non-respect des conditions de sa mise en liberté, puis il a été mis en liberté et il a suivi un programme de traitement pour toxicomanies. Le requérant a été reconnu coupable des deux chefs d'accusation.

He was then arrested for assault of a civilian in his barracks room and released on condition that he live off-base, and report to work and his Chief Petty Officer. He failed to report and surrendered himself to military police one day later. He was again released with more restrictive conditions. He further violated these conditions and was reminded of them. He again failed to report, turning himself in to military police a day later and was arrested pursuant to an order of his Commanding Officer. The applicant remained in custody from that time until the hearing of this appeal. At the time his release was denied, the applicant faced nine charges, including four counts of failure to comply with conditions of release from custody and two counts of being absent without leave. The Military Judge found, on consent of the parties, that the onus was on the applicant to show why his continued retention was not justified, and held he was not persuaded that retention was unnecessary to ensure his attendance, there is more than a substantial likelihood the accused would re-offend, and the accused continues to have difficulty with substance abuse to the point he is incapable of compliance.

Held: Application dismissed.

There is no current jurisprudence as to the proper nature of a review under section 159.9 of the *National Defence Act*. The military justice system should resemble its civilian counterpart to the extent there is no military rationale for divergence. The test from *R. v. DiMatteo* is instructive, and can be restated in the context of section 159.9 as asking (1) did the military judge commit an error in law or principle, or was clearly wrong, requiring the Court Martial Appeal Court to substitute its assessment of the application, and (2) has there been a material change in circumstances since the military judge made his or her direction rendering the continued detention of the person unjust? In this case, the onus is on the accused. The civilian jurisprudence has also highlighted relevant factors to consider in analyzing the likelihood of a person in custody failing to attend trial. These factors include gravity of the alleged offences and potential length of incarceration, circumstances of release, conditions imposed to mitigate the risk of flight, and the accused's attitude towards administration of justice (inclusive of attempts to flee, failures to attend court, and failures to comply with court orders in the past).

It was open to the Military Judge to find the applicant had not satisfied his onus of establishing continued retention in custody was not required, and that there was no set of conditions which would satisfy him otherwise. Retention in custody

Le requérant a de nouveau été arrêté, cette fois-ci pour voies de fait sur un civil qui se trouvait dans sa chambre; il a encore une fois été mis en liberté à certaines conditions, notamment qu'il vive à l'extérieur de la base et qu'il se présente au travail et à son premier maître. Il ne s'est pas présenté, mais s'est livré à la police militaire le lendemain. Il a encore une fois été mis en liberté, mais à des conditions plus sévères. Là encore, il a contrevenu aux conditions de sa mise en liberté, qu'on lui a rappelées. Il a de nouveau omis de se présenter, mais il s'est livré à la police militaire un jour plus tard; il a alors été arrêté en application d'une ordonnance de son commandant. À partir de cette date, le requérant est resté détenu jusqu'à l'audition du présent appel. Au moment où sa mise en liberté a été refusée, le requérant faisait face à neuf chefs d'accusation, dont quatre chefs de défaut de se conformer aux conditions de sa mise en liberté et deux chefs d'absence non autorisée. Avec le consentement des parties, le juge militaire a conclu qu'il incombait au requérant de démontrer pourquoi son maintien en détention n'était pas justifié; il a également conclu qu'il n'était pas convaincu que la détention ne fût pas nécessaire pour assurer la comparution de l'accusé, parce qu'il existait plus qu'une probabilité marquée que l'accusé récidive et que l'accusé continuait d'avoir des problèmes de consommation abusive qui le rendait incapable de respecter ses conditions.

Jugement : Requête rejetée.

Il n'existe aucune jurisprudence actuelle qui définit la nature appropriée d'une révision aux termes de l'article 159.9 de la *Loi sur la défense nationale*. Le système de justice militaire devrait se rapprocher du système de justice civile lorsqu'il n'existe aucune raison d'ordre militaire qui justifie l'adoption d'une approche différente. Le critère énoncé dans l'arrêt *R. v. DiMatteo* est instructif et il peut être reformulé en ces termes dans le contexte de l'article 159.9 : 1) le juge militaire a-t-il commis une erreur de droit ou de principe, ou a-t-il eu manifestement tort, obligeant la Cour d'appel de la cour martiale à substituer sa propre appréciation de la demande et 2) la situation a-t-elle changé de façon importante depuis que le juge militaire a rendu sa décision, rendant ainsi le maintien en détention de l'intéressé injuste? En l'espèce, le fardeau incombe à l'accusé. La jurisprudence civile a également précisé les facteurs pertinents à prendre en compte pour analyser la probabilité qu'un détenu ne se présente pas à son procès. Ces facteurs incluent la gravité des infractions présumées et la durée possible de l'incarcération, les circonstances entourant la mise en liberté, les conditions imposées pour atténuer le risque de fuite, ainsi que l'attitude de l'accusé envers l'administration de la justice (notamment les tentatives de se dérober à la justice, les défauts de comparaître devant le tribunal et les antécédents de non-respect d'ordonnances de la cour).

Il était loisible au juge militaire de conclure que le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que son maintien en détention n'était pas nécessaire et qu'aucun ensemble de conditions ne pourrait le convaincre du contraire.

on the basis of substantial likelihood the accused will engage in criminal activity if released is restricted to offences that, in nature, are violent, connected to violence, interferes with the administration of justice, or in some other way impacts the protection or safety of the public. In the context of the *National Defence Act*, this may be extended to include offences which will impact the discipline, efficiency, or morale of the military to an extent that could affect the operational readiness of the Canadian Forces. An analysis of the offences the accused is deemed likely to commit is necessary. The Military Judge failed to conduct this analysis and the evidence does not support the conclusion that retention is required. However, the decision can stand on the paragraph 159.2(a) finding.

Le maintien en détention au motif qu'il existe une probabilité marquée que l'accusé se livre à des activités criminelles s'il est remis en liberté se limite aux infractions qui sont de nature à être violentes, à comporter des aspects violents, à entraver l'administration de la justice ou à nuire de quelque autre façon à la protection ou à la sécurité du public. Dans le contexte de la *Loi sur la défense nationale*, cela peut s'entendre aux infractions qui auront une incidence sur la discipline, l'efficacité ou le moral des militaires dans une mesure qui risque de nuire à la capacité opérationnelle des Forces canadiennes. Une analyse des infractions susceptibles d'être commises par l'accusé était nécessaire. Le juge militaire n'a pas fait cette analyse et les éléments de preuve n'appuient pas la conclusion voulant que le maintien en détention soit nécessaire. La décision peut néanmoins être maintenue en application de l'alinéa 159.2a).

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(10), 520, 521.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 90, 101.1, 105.31–105.40, 129, 153, 159.1–159.7, 159.9, 185.6.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), art. 105.06.

CASES CITED

Boily c. États-Unis Mexicains, 2005 QCCA 599, 66 W.C.B. (2d) 114; *Casford v. R.*, 2003 PESCTD 44, 225 Nfld. & P.E.I.R. 145; *Cretu v. Romania*, 2012 SKCA 69, 399 Sask. R. 59; *HMTQ v. Aulakh et al*; *R. v. Adiwal*, 2003 BCSC 740, 71 W.C.B. (2d) 957; *R. v. Abdel-Rahman*, 2010 BCSC 189, 86 W.C.B. (2d) 856; *R. v. Auger*, 2002 CanLII 24374 (QC CQ); *R. v. Bégin*, [2000] J.Q. No. 4673 (QL) (QC CS); *R. v. Benn*, 1993 ABCA 273, 141 AR 293; *R. v. Bradley and Bickerdike*, [1977] C.S. 1055, [1978] 1 C.R. (3d) 28 (QC CS); *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 85 W.C.B. (2d) 823; *R. v. Carrier* (1980), 51 C.C.C. (2d) 307, 2 Man. R. (2d) 168 (MB CA); *R. c. Cleary*, EYB 2005-85534, 2005 CanLII 1575 (QC CS); *R. v. DiMatteo*, 60 C.C.C. (2d) 262, 1981 CanLII 340 (BC CA); *R. v. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321, 205 C.C.C. (3d) 488 (ON CA); *R. v. Esmond*, 2004 CanLII 6410 (QC CS); *R. v. F. (D.P.)*, 173 Nfld. & P.E.I.R. 197, 1999 CanLII 19020 (NL CA); *R. v. Fike*, 2011 BCPC 65, [2011] B.C.W.L.D. 4196; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Hill*, [1973] 5 W.W.R. 382, 1973 CanLII 1583 (BC SC); *R. v. Jacque*, 2008 NLTD 184, 281 Nfld. & P.E.I.R. 18; *R. v. Kalashnikoff*, 60 W.C.B. (2d) 143, 2004 CanLII 20454 (ON SC); *R. v. Longman*, 2011 SKQB 325, 382 Sask. R. 325; *R. v. Massey*, 2005 BCCA 174, 64 W.C.B. (2d)

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10), 520, 521.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 90, 101.1, 105.31–105.40, 129, 153, 159.1–159.7, 159.9, 185.6.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 105.06.

JURISPRUDENCE CITÉE

Boily c. États-Unis Mexicains, 2005 QCCA 599, 66 W.C.B. (2d) 114; *Casford v. R.*, 2003 PESCTD 44, 225 Nfld. & P.E.I.R. 145; *Cretu v. Romania*, 2012 SKCA 69, 399 Sask. R. 59; *HMTQ v. Aulakh et al*; *R. v. Adiwal*, 2003 BCSC 740, 71 W.C.B. (2d) 957; *R. v. Abdel-Rahman*, 2010 BCSC 189, 86 W.C.B. (2d) 856; *R. c. Auger*, 2002 CanLII 24374 (QC CQ); *R. c. Bégin*, [2000] J.Q. n° 4673 (QL) (QC CS); *R. v. Benn*, 1993 ABCA 273, 141 A.R. 293; *R. v. Bradley and Bickerdike*, [1977] C.S. 1055, [1978] 1 C.R. (3d) 28 (QC CS); *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431, 85 W.C.B. (2d) 823; *R. v. Carrier* (1980), 51 C.C.C. (2d) 307, 2 Man. R. (2d) 168 (MB CA); *R. c. Cleary*, EYB 2005-85534, 2005 CanLII 1575 (QC CS); *R. v. DiMatteo*, 60 C.C.C. (2d) 262, 1981 CanLII 340 (BC CA); *R. v. Downes* (2006), 79 OR (3d) 321, 205 C.C.C. (3d) 488 (ON CA); *R. c. Esmond*, 2004 CanLII 6410 (QC CS); *R. v. F. (D.P.)*, 173 Nfld. & P.E.I.R. 197, 1999 CanLII 19020 (NL CA); *R. v. Fike*, 2011 BCPC 65, [2011] B.C.W.L.D. 4196; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Hill*, [1973] 5 W.W.R. 382, 1973 CanLII 1583 (BC SC); *R. v. Jacque*, 2008 NLTD 184, 281 Nfld. & P.E.I.R. 18; *R. v. Kalashnikoff*, 60 W.C.B. (2d) 143, 2004 CanLII 20454 (ON SC); *R. v. Longman*, 2011 SKQB 325, 382 Sask. R. 325; *R. v. Massey*, 2005 BCCA 174, 64 W.C.B. (2d) 524; *R. c. Morales*, [1992]

524; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, 77 C.C.C. (3d) 91; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, 144 N.R. 243; *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155, 1996 CanLII 6516 (QC CA); *R. v. Sanchez*, 1998 NSCA 6, 172 N.S.R. (2d) 318; *R. v. Sanderson*, 138 Man. R. (2d) 125, 1999 CanLII 18770 (MB CA); *R. v. Sharif*, 1994 CanLII 782 (ON CA); *R. v. Skeard*, 2002 NSSC 177, [2002] N.S.J. No. 480 (QL); *R. v. Taylor*, 2006 ABQB 480, 2006 CarswellAlta 2536; *R. v. Yakimishyn*, 2008 ABQB 188, [2008] A.J. No. 1570 (QL).

3 R.C.S. 711, 77 C.C.C. (3^d) 91; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, 144 N.R. 243; *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155, 1996 CanLII 6516 (QC CA); *R. v. Sanchez*, 1998 NSCA 6, 172 N.S.R. (2^d) 318; *R. v. Sanderson*, 138 Man. R. (2^d) 125, 1999 CanLII 18770 (MB CA); *R. v. Sharif*, 1994 CanLII 782 (ON CA); *R. v. Skeard*, 2002 NSSC 177, [2002] N.S.J. n° 480 (QL); *R. v. Taylor*, 2006 ABQB 480, 2006 CarswellAlta 2536; *R. v. Yakimishyn*, 2008 ABQB 188, [2008] A.J. n° 1570 (QL).

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 36th Parl., 1st Sess., Vol. 135 (19 March 1998).
Canada. Parliament. *Debates of the Senate*, 36th Parl., 1st Sess., Vol. 137 (16 June 1998).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 36^e lég., 1^{re} sess., vol. 135 (19 mars 1998).
Canada. Parlement. *Débats du Sénat*, 36^e lég., 1^{re} sess., vol. 137 (16 juin 1998).

COUNSEL

Major Denis Berntsen, for the applicant.
Lieutenant-Colonel S. D. Richards, for the respondent.

AVOCATS

Major Denis Berntsen, pour le requérant.
Lieutenant-colonel S.D. Richards, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par

[1] BLANCHARD C.J.: Following his arrest by military police on October 18, 2012, Ordinary Seaman K.G. O'Toole (O.S. O'Toole) has been held in custody in the detention barracks at Canadian Forces Base Esquimalt. A Military Judge directed that Ordinary Seaman O'Toole was to be retained in custody pending his Standing Court Martial.

[1] LE JUGE EN CHEF BLANCHARD : À la suite de son arrestation par la police militaire le 18 octobre 2012, le matelot de 3^e classe K.G. O'Toole (mat 3 O'Toole) a été détenu à la caserne disciplinaire de la Base des forces canadiennes Esquimalt. Un juge militaire a ordonné que le matelot de 3^e classe O'Toole reste détenu jusqu'à sa comparution devant une cour martiale permanente.

[2] O.S. O'Toole, the applicant, seeks an order pursuant to section 159.9 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act) for his release from custody with an undertaking until his Standing Court Martial on November 14, 2012. Section 159.9 of the Act permits a person in custody or the Canadian Forces to apply to a judge of the Court Martial Appeal Court to review any direction of a military judge under Division 3 of the Act to retain the person in custody or to release the person from custody with or without an undertaking. The respondent, the Canadian Forces, opposes the application.

[2] Le mat 3 O'Toole (le requérant) sollicite une ordonnance, en vertu de l'article 159.9 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi), en vue d'être mis en liberté sous condition jusqu'à sa comparution devant une cour martiale permanente le 14 novembre 2012. L'article 159.9 de la LDN permet à l'accusé ou aux Forces canadiennes de demander à un juge de la Cour d'appel de la cour martiale de réviser la décision du juge militaire de mettre l'accusé en liberté — inconditionnelle ou sous condition — ou en détention préventive, selon le cas, en vertu de la section 3 de la Loi. L'intimée (les Forces canadiennes) s'oppose à la requête.

I. Facts

[3] There is no dispute between the parties on the facts as set out below.

[4] O.S. O'Toole is a cook at the Canadian Forces Base (CFB) in Esquimalt, British Columbia.

[5] On April 13, 2012, O.S. O'Toole was arrested during an altercation with a bank manager in Victoria, and injectable medications he had stolen from the base clinic at CFB Esquimalt were found on his person. The next day, he was released from custody but fled to Winnipeg in violation of his conditions of release, which required him to remain on the base. He was arrested in Winnipeg on April 17, 2012, on the authority of an arrest warrant pursuant to article 105.06 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O). After being escorted back to CFB Esquimalt, O.S. O'Toole was charged with stealing and failing to comply with a condition of his release. He was released for a second time on April 20, 2012. Between April 17, 2012 and June 19, 2012, he completed a program at the Edgewood residential addiction treatment facility in Nanaimo, British Columbia.

[6] O.S. O'Toole did not have any difficulties working when he was re-released on June 19, 2012, and he attended his Court Martial on September 10, 2012. He was sentenced to a reprimand and fined \$1,200 for stealing and failing to comply with a condition of release.

[7] On September 29, 2012, O.S. O'Toole was arrested for an alleged assault on a civilian male, Eric Knoblauch, who was in his barracks room. He was released for a third time on conditions, which required him to report to work and to the Chief Petty Officer, but he was instructed to live off base in his civilian accommodations. O.S. O'Toole failed to report for work or to the Chief Petty Officer on October 1, 2012. He surrendered himself to military police around midday on October 2, 2012. He was released for a fourth time on more stringent reporting conditions.

I. Les faits

[3] Les parties s'entendent sur les faits suivants.

[4] Le mat 3 O'Toole est cuisinier à la Base des forces canadiennes (BFC) Esquimalt, en Colombie-Britannique.

[5] Le 13 avril 2012, le mat 3 O'Toole a été arrêté à la suite d'une dispute avec un directeur de banque à Victoria. On a retrouvé sur lui des médicaments injectables qu'il avait volés à l'infirmerie de la BFC Esquimalt. Il a été mis en liberté le lendemain, mais il s'est enfui à Winnipeg alors que les conditions de sa mise en liberté l'obligeaient à demeurer à la base. Il a été arrêté à Winnipeg le 17 avril 2012 en vertu d'un mandat d'arrestation délivré conformément à l'article 105.06 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC). Après avoir été ramené sous escorte à la BFC Esquimalt, le mat 3 O'Toole a été accusé de vol et de défaut de se conformer à l'une des conditions de sa mise en liberté. Il a été remis en liberté une deuxième fois le 20 avril 2012. Du 17 avril 2012 au 19 juin 2012, il a suivi un traitement au centre de traitement de la toxicomanie Edgewood, à Nanaimo, en Colombie-Britannique.

[6] Le mat 3 O'Toole n'a pas eu de difficulté à reprendre le travail lorsqu'il a été libéré une nouvelle fois le 19 juin 2012 et il s'est présenté devant la cour martiale le 10 septembre 2012. Il a été condamné à une réprimande et à une amende de 1 200 \$ pour vol et défaut de respecter une des conditions de sa mise en liberté.

[7] Le 29 septembre 2012, le mat 3 O'Toole a été arrêté pour de présumées voies de fait sur un civil, Eric Knoblauch, qui se trouvait dans sa chambre, à la caserne. Il a été remis en liberté une troisième fois à certaines conditions, notamment celles de se présenter au travail et de se présenter à son premier maître, mais il avait également reçu pour directive d'habiter à l'extérieur de la base dans son logement non militaire. Le mat 3 O'Toole ne s'est pas présenté au travail ou à son premier maître le 1^{er} octobre 2012. Il s'est livré à la police militaire vers midi le 2 octobre 2012. Il a été remis en liberté une quatrième fois à des conditions plus sévères en ce qui concerne son obligation de se présenter aux autorités.

[8] Although he was granted sick leave from October 3, 2012 to October 7, 2012, there was a medical notation to the effect that O.S. O'Toole could continue to meet his reporting requirements. On October 4, 2012, he failed to report to the duty officer in accordance with his conditions. He later arranged to be picked up at a location in Victoria, where he was despite a condition of release requiring him to remain on the base.

[9] O.S. O'Toole was reminded of the conditions of his release, but on October 8, 2012, he failed to report and was not in his room when it was checked in the morning. He claimed to have been in the hospital. On October 9, 2012, he was given an additional five days of sick leave. His conditions of release were amended on October 12, 2012, to allow him to attend evening appointments.

[10] On October 17, 2012, O.S. O'Toole failed to report for work, the fifth violation of his conditions of release this year. He turned himself in to military police in the afternoon of October 18, 2012. He was then arrested on a warrant of the Commanding Officer pursuant to article 105.06 of the QR&O.

[11] As of October 18, 2012, O.S. O'Toole has remained in custody in the detention barracks of CFB Esquimalt. The parties dispute his living conditions in detention.

[12] At the time of his custody review hearing before a military judge on October 25, 2012, and October 26, 2012, O.S. O'Toole faced nine charges: assault, two counts of conduct to the prejudice of good order and discipline, four counts of failing to comply with conditions of release from custody, and two counts of being absent without leave.

[13] On October 26, 2012, Military Judge P.J. Lamont orally directed that O.S. O'Toole remain in custody pursuant to section 159.1 of the Act.

[8] Malgré le fait que le mat 3 O'Toole ait obtenu un congé de maladie du 3 octobre 2012 au 7 octobre 2012, une note au dossier médical indiquait qu'il pouvait continuer à respecter son obligation de se présenter aux autorités. Le 4 octobre 2012, il a fait défaut de se présenter à l'officier de service, comme l'exigeaient les conditions de sa mise en liberté. Il a par la suite pris des dispositions pour que quelqu'un passe le prendre alors qu'il se trouvait à Victoria, malgré le fait que, suivant les conditions de sa remise en liberté, il devait demeurer en tout temps à la base.

[9] On a rappelé au mat 3 O'Toole les conditions de sa remise en liberté, mais, le 8 octobre 2012, il a de nouveau omis de se présenter et il n'était pas dans sa chambre lorsqu'on a vérifié s'il s'y trouvait le matin. Il a prétendu qu'il se trouvait alors à l'hôpital. Le 9 octobre 2012, on lui a accordé un autre congé de maladie de cinq jours. Les conditions de sa remise en liberté ont été modifiées le 12 octobre 2012 pour lui permettre de se rendre à des rendez-vous en soirée.

[10] Le 17 octobre 2012, le mat 3 O'Toole ne s'est pas présenté au travail, violant ainsi pour la cinquième fois cette année-là les conditions de sa remise en liberté. Il s'est livré à la police militaire l'après-midi du 18 octobre 2012. Il a alors été arrêté en vertu d'un mandat délivré par le commandant conformément à l'article 105.06 des ORFC.

[11] Depuis le 18 octobre 2012, le mat 3 O'Toole est détenu à la caserne disciplinaire de la BFC Esquimalt. Les parties ne s'entendent pas sur ses conditions de vie en détention.

[12] Au moment de la révision de la détention par le juge militaire les 25 et 26 octobre 2012, le mat 3 O'Toole avait fait l'objet de neuf chefs d'accusation : voies de fait, deux chefs de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, quatre chefs de défaut de se conformer aux conditions de sa remise en liberté et deux chefs d'absence sans permission.

[13] Le 26 octobre 2012, le juge militaire P.J. Lamont a ordonné de vive voix le maintien en détention du mat 3 O'Toole en vertu de l'article 159.1 de la Loi.

[14] O.S. O'Toole's Standing Court Martial was scheduled for November 14, 2012, on the following charges:

[14] L'audience du mat 3 O'Toole devant la cour martiale permanente a été fixée au 14 novembre 2012. Elle portait sur les chefs d'accusation suivants :

[TRADUCTION]

<p>First charge Section 129 <i>NDA</i></p>	<p>Conduct to the prejudice of good order and discipline</p> <p>Particulars: In that he, on or about 29 September 2012, at Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia, had a guest in his single quarters room outside of visiting hours, contrary to Canadian Forces Base Esquimalt Single Quarters Standing Orders.</p>	<p>Premier chef d'accusation Article 129 <i>LDN</i></p>	<p>Comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline</p> <p>Détails : le 29 septembre 2012 ou vers cette date, à la Base des forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), il a reçu un invité dans son logement pour célibataire après les heures de visite, en contravention du règlement concernant les logements pour célibataires de la Base des forces canadiennes Esquimalt.</p>
<p>Second charge Section 101.1 <i>NDA</i></p>	<p>Failed to comply with a condition imposed under division 3</p> <p>Particulars: In that he, on or about 1 October 2012, at or near Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia, without lawful excuse failed to report to Chief Petty Officer First Class Ferguson, a condition of release imposed upon him under Division 3 of the Code of Service Discipline.</p>	<p>Deuxième chef d'accusation Article 101.1 <i>LDN</i></p>	<p>Omission de se conformer à une condition imposée sous le régime de la section 3</p> <p>Détails : le 1^{er} octobre 2012 ou vers cette date, à la Base des forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), ou près de cet endroit, il a, sans excuse légitime, omis de se présenter au premier maître de 1^{re} classe Ferguson, soit une condition de sa remise en liberté imposée sous le régime de la section 3 du Code de discipline militaire.</p>
<p>Third charge Section 90 <i>NDA</i></p>	<p>Absented himself without leave</p> <p>Particulars: In that he, at 1030 hours, 1 October 2012, without authority was absent from his place of duty at Canadian Forces Base Esquimalt, and remained absent until approximately 1257 hours, 2 October 2012.</p>	<p>Troisième chef d'accusation Article 90 <i>LDN</i></p>	<p>Absence sans permission</p> <p>Détails : à 10 h 30, le 1^{er} octobre 2012, sans autorisation, il était absent de son poste à la Base des forces canadiennes Esquimalt et est demeuré absent jusqu'à environ 12 h 57 le 2 octobre 2012.</p>

Fourth charge Section 129 <i>NDA</i>	Neglect to the prejudice of good order and discipline	Quatrième chef d'accusation Article 129 <i>LDN</i>	Négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline
	Particulars: In that he, on or about 1 October 2012, at Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia, failed to maintain his single quarters room in a clean and orderly manner, contrary to Canadian Forces Base Esquimalt Single Quarters Standing Orders.		Détails : le 1 ^{er} octobre 2012 ou vers cette date, à la Base des forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), il n'a pas conservé son logement propre et en ordre, en contravention au règlement concernant les logements pour célibataires de la Base des forces canadiennes Esquimalt.
Fifth charge Section 101.1 <i>NDA</i>	Failed to comply with a condition imposed under division 3	Cinquième chef d'accusation Article 101.1 <i>LDN</i>	Omission de se conformer à une condition imposée sous le régime de la section 3
	Particulars: In that he, on 8 October 2012, at or near Canadian Forces Base Esquimalt, British Columbia, without lawful excuse failed to report to the Base Duty Officer, a condition of release imposed upon him under Division 3 of the Code of Service Discipline.		Détails : le 8 octobre 2012 ou vers cette date, à la Base des forces canadiennes Esquimalt (Colombie-Britannique), ou près de cet endroit, il a, sans excuse légitime, omis de se présenter à l'officier de service de la base, soit une condition de sa mise en liberté imposée sous le régime de la section 3 du Code de discipline militaire.
Sixth charge Section 90 <i>NDA</i>	Absented himself without leave	Sixième chef d'accusation Article 90 <i>LDN</i>	Absence sans permission
	Particulars: In that he, at 0500 hours, 17 October 2012, without authority was absent from his place of duty at Canadian Forces Base Esquimalt, and remained absent until approximately 1740 hours, 18 October 2012.		Détails : à 5 h, le 17 octobre 2012, sans autorisation, il était absent de son poste à la Base des forces canadiennes Esquimalt et est demeuré absent jusqu'à environ 17 h 40 le 18 octobre 2012.

[15] The parties informed the Court that O.S. O'Toole intended to plead guilty to all of the above charges and that they would make joint submissions on sentencing at the Standing Court Martial.

II. The applicable legislation

[16] When a custody review officer does not direct the release of a person from custody under section 158.6

[15] Les parties ont informé la Cour que le mat 3 O'Toole avait l'intention de plaider coupable à tous les chefs d'accusation susmentionnés et qu'elles formuleraient des observations communes au sujet de la détermination de la peine devant la cour martiale permanente.

II. Les dispositions légales applicables

[16] Lorsque l'officier réviseur n'ordonne pas la mise en liberté de la personne sous garde en vertu de l'article 158.6

of the Act, sections 159.1 to 159.7 govern the review proceeding before a military judge. Pursuant to section 159.1, the onus is on the prosecution to show cause why the continued detention of the person in custody is justified:

159.1 When the person retained in custody is taken before a military judge, the military judge shall direct that the person be released from custody unless counsel for the Canadian Forces, or in the absence of counsel a person appointed by the custody review officer, shows cause why the continued retention of the person in custody is justified or why any other direction under this Division should be made.

[17] However, pursuant to subsection 159.3(1) of the Act, the onus shifts to the detained person, who then must show cause why the continued detention is not justified where that person is charged with a “designated offence”:

159.3 (1) Notwithstanding section 159.1, if the person in custody is charged with having committed a designated offence, the military judge shall direct that the person be retained in custody until dealt with according to law, unless the person shows cause why the person’s retention in custody is not justified.

[18] Section 153 of the Act defines “designated offences” as follows:

- (a) an offence that is punishable under section 130 that is
 - (i) listed in section 469 of the *Criminal Code*,
 - (ii) an offence punishable by imprisonment for life under subsection 5(3), 6(3) or 7(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, or
 - (iii) an offence of conspiring to commit an offence under any subsection referred to in subparagraph (ii);
- (b) an offence under this Act where the minimum punishment is imprisonment for life;
- (c) an offence under this Act for which a punishment higher in the scale of punishments than imprisonment for less than two years may be awarded that is alleged to have been committed while at large after having been released

de la Loi, les articles 159.1 à 159.7 régissent la procédure de révision devant le juge militaire. Suivant l’article 159.1, il incombe à la poursuite de faire valoir les motifs justifiant le maintien sous garde de la personne détenue.

159.1 Le juge militaire devant qui est conduite la personne détenue ordonne sa mise en liberté, sauf si l’avocat des Forces canadiennes ou, en l’absence d’un avocat, la personne désignée par l’officier réviseur lui fait valoir des motifs justifiant son maintien sous garde.

[17] Toutefois, suivant le paragraphe 159.3(1) de la Loi, le fardeau de la preuve passe à la personne détenue, qui doit faire valoir l’absence de fondement de son maintien en détention, lorsqu’elle est accusée d’avoir commis une « infraction désignée ».

159.3(1) Malgré l’article 159.1, le juge militaire ordonne le maintien en détention lorsque la personne est accusée d’avoir commis une infraction désignée, et ce jusqu’à ce qu’elle soit traitée selon la loi, à moins qu’elle ne lui fasse valoir l’absence de fondement de cette mesure.

[18] L’article 153 de la Loi définit comme suit l’expression « infraction désignée » (en anglais, « *designated offence* ») :

- a) Toute infraction punissable aux termes de l’article 130 :
 - (i) soit mentionnée à l’article 469 du *Code criminel*,
 - (ii) soit punie de l’emprisonnement à perpétuité aux termes des paragraphes 5(3), 6(3) ou 7(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*,
 - (iii) soit tout acte de complot visant à commettre l’une des infractions mentionnées au sous-alinéa (ii);
- b) toute infraction à la présente loi comportant comme peine minimale l’emprisonnement à perpétuité;
- c) toute infraction à la présente loi passible d’une peine supérieure dans l’échelle des peines à l’emprisonnement de moins de deux ans qui est présumée avoir été commise alors que la personne était en liberté après avoir été

in respect of another offence pursuant to the provisions of this Division or Division 10;

(d) an offence under this Act that is a criminal organization offence; or

(e) an offence under this Act that is a terrorism offence.

[19] Upon identifying the applicable onus, the Military Judge must examine the evidence in light of the criteria set out in section 159.2 of the Act to determine whether retention of the person in custody is justified.

159.2 For the purposes of sections 159.1 and 159.3, the retention of a person in custody is only justified when one or more of the following grounds have been established to the satisfaction of the military judge:

(a) custody is necessary to ensure the person's attendance before a service tribunal or a civil court to be dealt with according to law;

(b) custody is necessary for the protection or the safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the person will, if released from custody, commit an offence or interfere with the administration of justice; and

(c) any other just cause has been shown, having regard to the circumstances including the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment.

[20] The Military Judge then directs that the person be released from custody, with or without an undertaking, or that the person be retained in custody.

[21] On the application of either party, this Court is to review the direction of the Military Judge under section 159.9 of the Act, which provides as follows:

159.9 (1) At any time before the commencement of a person's trial, a judge of the Court Martial Appeal Court may, on application, review any direction of a military judge under this Division to release the person from custody with or without an undertaking or to retain the person in custody.

libérée relativement à une autre infraction en vertu des dispositions de la présente section ou de la section 10;

d) tout acte de gangstérisme punissable aux termes de la présente loi;

e) une infraction prévue par la présente loi qui est une infraction de terrorisme.

[19] Après avoir établi la charge de preuve applicable, le juge militaire examine la preuve à la lumière des critères énoncés à l'article 159.2 de la Loi pour déterminer si la détention préventive de l'intéressé est justifiée.

159.2 Pour l'application des articles 159.1 et 159.3, la détention préventive d'une personne n'est justifiée que si le juge militaire est convaincu, selon le cas :

a) qu'elle est nécessaire pour assurer sa comparution devant le tribunal militaire ou civil pour qu'elle y soit jugée selon la loi;

b) qu'elle est nécessaire pour assurer la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que la personne, si elle est mise en liberté, commettra une infraction ou nuira à l'administration de la justice;

c) d'une autre juste cause, eu égard aux circonstances, notamment le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que la personne encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement.

[20] Le juge militaire ordonne alors la libération — inconditionnelle ou sous condition — de la personne détenue, ou son maintien en détention.

[21] En vertu de l'article 159.9 de la Loi, sur demande de l'une ou l'autre partie, notre Cour révisé la décision rendue par le juge militaire :

159.9 (1) Sur demande, un juge de la Cour d'appel de la cour martiale peut, à tout moment avant le début du procès, réviser la décision du juge militaire de mettre l'accusé en liberté — inconditionnelle ou sous condition — ou en détention préventive, selon le cas.

(2) The provisions of this Division apply, with any modifications that the circumstances require, to any review under this section.

[22] As indicated in subsection (2) of this provision, this Court is to be guided by the provisions of Division 3 of the Act insofar as the circumstances permit.

III. The Military Judge's direction

[23] Military Judge Lamont's reasons and oral direction to retain O.S. O'Toole in custody, delivered at the custody review hearing on October 26, 2012, are found in the transcripts of the Custody Review Hearing (at page 50, line 43 to page 55, line 11).

[24] On consent of the parties, the Military Judge determined, pursuant to section 159.3 of the Act, that "the burden is upon the accused in this case to demonstrate why his continued retention in custody is not justified."

[25] Applying this onus, the Military Judge bases his decision on three grounds:

- a. He is not persuaded that the continued retention in custody of O.S. O'Toole is not required to ensure his attendance before a service tribunal because he "has demonstrated a persistent pattern of failing to adhere to the requirements of his superiors in the chain of command, and even of adhering to the ordinary discipline of showing up for work on time";
- b. He finds that "there is more than a substantial likelihood that the accused will re-offend if he is released from custody, at least until such time as he can come to grips with the problem of substance abuse" and assesses the "odds of his re-offending under these circumstances as bordering on the inevitable"; and
- c. He finds that O.S. O'Toole "continues to have difficulty with substance abuse to the point that he is presently incapable of complying with reasonable terms intended to secure his good behaviour".

(2) Les dispositions de la présente section s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la révision effectuée en vertu du présent article.

[22] Comme l'indique le paragraphe (2) de cette disposition, notre Cour doit tenir compte des dispositions de la section 3 de la Loi, avec les adaptations nécessaires.

III. La décision du juge militaire

[23] Le juge militaire Lamont a ordonné que le mat 3 O'Toole soit détenu. Les motifs et la décision rendue de vive voix à l'audience de révision de la détention du 26 octobre 2012 se trouvent dans la transcription de l'audience de révision de la détention (de la page 50, ligne 43, à la page 55, ligne 11).

[24] Avec le consentement des parties, le juge militaire a, conformément à l'article 159.3 de la Loi, estimé [TRADUCTION] qu'« il incombe en l'espèce à l'accusé de faire valoir l'absence de fondement de la décision d'ordonner son maintien en détention ».

[25] Appliquant ce fardeau de la preuve, le juge militaire a fondé sa décision sur trois motifs :

- a. le juge militaire n'était pas convaincu que le maintien de la détention du mat 3 O'Toole n'était pas nécessaire pour assurer sa comparution devant le tribunal militaire [TRADUCTION] « puisqu'il a omis de façon systématique de se conformer aux exigences de ses supérieurs et de faire preuve de la discipline élémentaire consistant à se présenter au travail à l'heure »;
- b. le juge militaire a conclu [TRADUCTION] « qu'il existe plus qu'une probabilité marquée que l'accusé commette une infraction s'il est remis en liberté, du moins tant qu'il ne peut s'attaquer à son problème de toxicomanie », estimant que [TRADUCTION] « dans ces conditions, il est presque inévitable qu'il commette une infraction »; et
- c. le juge militaire a conclu que le mat 3 O'Toole [TRADUCTION] « continue à avoir des problèmes de toxicomanie au point où il est pour le moment incapable de se conformer à des conditions raisonnables visant à assurer qu'il se conduise convenablement ».

[26] For the first and second grounds, the Military Judge relies on paragraphs 159.2(a) and 159.2(b) of the Act. He refuses to comment on paragraph 159.2(c) because the parties did not argue paragraph (c) before him, and he expresses doubts about the provision's constitutionality. Further, he rejects the respondent's submission that "confidence in the administration of military justice is a proper factor to be considered" in a custody review under the Act.

[27] To come to his conclusion on the third ground, the Military Judge assesses the conditions of release proposed by O.S. O'Toole and finds them to be "manifestly insufficient. The accused has been under simple reporting conditions in the recent past and has consistently failed to comply with them". He concludes: "I cannot conceive of any set of conditions that would be sufficient to allay my concerns that Ordinary Seaman O'Toole will not appear before a service tribunal on these charges and that if released he will continue to re-offend".

IV. The applicable test

[28] There is currently no jurisprudence by this Court to guide the conduct of a review, pursuant to section 159.9 of the Act, of a Military Judge's direction pursuant to section 159.1 of the Act. It is therefore useful, at the outset, to determine the nature of the review contemplated by section 159.9 of the Act.

[29] The parties have adopted the position that the applicable approach to a section 159.9 review under the Act ought to be the same as that applicable to the review of a bail decision under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*).

[30] Both sections 520 and 521 of the *Criminal Code* and section 159.9 of the Act provide for a review of the order contemplated therein to be conducted at any time before the commencement of a trial to release the person in custody, with or without conditions, or to retain the person in custody. The only substantive element that the

[26] En ce qui concerne le premier et le deuxième motifs, le juge militaire s'est fondé sur les alinéas 159.2a) et 159.2b) de la Loi. Il ne s'est pas prononcé sur l'alinéa 159.2c), parce que les parties n'ont pas présenté d'observations à ce sujet et qu'il avait des doutes quant à la constitutionnalité de cette disposition. De plus, il a rejeté l'observation de l'intimée suivant laquelle [TRADUCTION] « la confiance envers l'administration de la justice militaire est un facteur dont on peut légitimement tenir compte » lors d'une révision de la détention effectuée sous le régime de la Loi.

[27] Pour tirer sa conclusion au sujet du troisième motif, le juge militaire a analysé les conditions de mise en liberté proposées par le mat 3 O'Toole, les qualifiant de [TRADUCTION] « manifestement insuffisantes. L'accusé a systématiquement fait défaut de respecter les conditions fort simples de se présenter aux autorités auxquelles il était assujéti ces derniers temps. » Il a conclu : [TRADUCTION] « Il m'est impossible d'imaginer des conditions qui pourraient dissiper mes craintes quant aux risques que le matelot de 3^e classe O'Toole fasse défaut de comparaître devant le tribunal militaire pour répondre aux accusations en question et qu'il continue de récidiver s'il est mis en liberté. »

IV. Le critère applicable

[28] Il n'existe pour le moment aucune jurisprudence de notre Cour au sujet de la révision, en vertu de l'article 159.9 de la Loi, de la décision d'un juge militaire en vertu de l'article 159.1 de la Loi. Il est donc utile de préciser d'abord la nature de la révision dont il est question à l'article 159.9 de la Loi.

[29] Les parties ont estimé que la démarche à suivre lors de la révision prévue à l'article 159.9 de la Loi devrait être la même que celle qui s'applique dans le cas de la révision d'une décision de mise en liberté sous caution en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[30] Les articles 520 et 521 du *Code criminel* et l'article 159.9 de la Loi prévoient la révision, à tout moment avant l'ouverture du procès, de la décision de mettre l'accusé en liberté — inconditionnelle ou sous condition — ou en détention préventive, selon le cas. Le seul élément de fond que la Loi ne prévoit pas expressément

Act provision does not expressly provide for which is found in the *Criminal Code* is the list of items the reviewing judge “may” consider in conducting the review, including the transcript of the proceedings which led to the initial order (subsections 520(7) and 521(8) of the *Criminal Code*). In essence, the respective provisions contemplate reviews that are essentially the same.

[31] Subsection 159.9(2) provides that the provisions of Division 3 apply to any review under this section, “with any modifications as the circumstances require”. The provisions of Division 3 of the Act deal with prior detention reviews including the Military Judge’s review and the factors to be considered by the Military Judge (subsection 159.6(2)). The Act therefore incorporates in a review by this Court, in the appropriate circumstances and as required, the same factors considered by the Military Judge in rendering his or her decision. This lends support to the proposition that section 159.9 ought to be interpreted as providing wide discretion to the reviewing court in terms of the nature of the review to be conducted. In my view, this would include, in the appropriate cases, conducting a *de novo* review and rendering the appropriate decision where an error is made in the initial order. Such an approach would allow detention reviews to be conducted expeditiously and efficiently without the necessity of having the matter referred back for re-consideration. Further, such an approach is consistent with the approach adopted by the civilian criminal courts. This aspect will be further discussed below.

[32] In enacting the current provisions governing the military justice system, Parliament intended to bring the military justice system into alignment with the civilian justice system. Upon introducing Bill C-25 to the House of Commons, the Bill that would bring the current provisions into being, the Honourable Defence Minister Arthur C. Eggleton commented that (Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 36th Parl., 1st Sess., Vol. 135 (19 March 1998), at pages 1635 and 1640):

[TRANSLATION] The proposed amendments contained in Bill C-25 are the most extensive in the history of the act. They will provide a more modern and effective

et que l’on retrouve dans le *Code criminel* est la liste des éléments que le juge qui procède à la révision « peut examiner » lorsqu’il procède à la révision, notamment la transcription des procédures à l’origine de la décision initiale (paragraphe 520(7) et 521(8) du *Code criminel*). Les dispositions des deux lois prévoient essentiellement le même type de révision.

[31] Le paragraphe 159.9(2) énonce que les dispositions de la section 3 s’appliquent, « avec les adaptations nécessaires », à la révision effectuée en vertu de l’article 159.9. Les dispositions de la section 3 de la Loi portent sur les révisions antérieures de la détention, y compris la révision du juge militaire, ainsi que les facteurs dont le juge militaire doit tenir compte (paragraphe 159.6(2)). La Loi dispose donc que nous devons tenir compte, au besoin et avec les adaptations nécessaires, des mêmes facteurs que ceux dont le juge militaire tient compte lorsqu’il rend sa décision. Cela étaye l’idée voulant que l’article 159.9 confère un vaste pouvoir discrétionnaire à la Cour en ce qui concerne la nature de la révision à effectuer. À mon avis, ce pouvoir comprendrait, le cas échéant, celui de mener une révision *de novo* et de rendre la décision appropriée lorsque la décision initiale est entachée d’une erreur. Cette approche faciliterait le déroulement expéditif et efficace des révisions des décisions en matière de détention sans devoir renvoyer l’affaire pour nouvel examen. De plus, une telle approche serait conforme à celle adoptée par les cours pénales civiles. Nous reviendrons plus loin sur cet aspect.

[32] Lorsqu’il a adopté les dispositions actuelles régissant le système de justice militaire, le législateur entendait harmoniser le système de justice militaire avec le système de justice civil. Lors de la présentation du projet de loi C-25 à la Chambre des communes, le projet de loi à l’origine des dispositions actuelles, le ministre de la Défense, l’honorable Arthur C. Eggleton, a tenu les propos suivants (Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 36^e lég., 1^{re} sess., vol. 135 (19 mars 1998), aux pages 5151 et 5153) :

[Français]

Les modifications proposées dans le projet de loi C-25 sont les plus importantes depuis la promulgation de cette loi. Elles fourniront un cadre juridique plus moderne et plus

statutory framework for the operations of the department and the Forces. They will more closely align military justice processes with judicial processes applicable to other Canadians...

[English]

...all these changes are to bring about a legal system that is in accordance with modern day legal practices, akin to what is happening in civilian courts and takes into account the *Charter*.

The Honourable Bill Rompkey opened the second reading of Bill C-25 in the Senate on a similar note (Canada. Parliament. *Debates of the Senate*, 36th Parl., 1st Sess., Vol. 137 (16 June 1998), at page 1850):

They [the amendments in Bill C-25] will provide a more modern and effective statutory framework for the operations of the department and the forces. They will more closely align military justice processes applicable to other Canadians. They will, however, continue to meet the military requirements for portability, speed, and the involvement of the chain of command in times of peace and conflict wherever the Canadian Forces operate.

The military justice system should therefore resemble the civilian justice system insofar as there is no military rationale for adopting a different approach. Given the similarities of the legislative provisions at issue under the *Criminal Code* and the Act, guidance in interpreting the applicable provisions in the Act is found in the jurisprudence of the criminal courts.

[33] There is significant jurisprudence in the criminal courts on whether a “review” is a process that contemplates a new hearing where the reviewing judge decides the proper order to be made or simply an appeal where the existing order stands unless an error is established.

[34] The revision process is often described as a proceeding of a hybrid nature. In *R. v. Bradley and Bickerdike*, [1977] C.S. 1055, [1978] 1 C.R. (3d) 28 (QC CS),

efficace pour assurer le fonctionnement du ministère et des forces. Elles permettront de faire en sorte que la justice militaire soit plus conforme aux processus judiciaires s’appliquant aux autres Canadiens [...]

[TRADUCTION] [...] toutes ces modifications visent à faire en sorte que notre système de lois soit plus conforme aux pratiques juridiques d’un pays moderne, cadre d’avantage avec ce qui se passe dans les tribunaux civils et tiennent compte de la Charte.

L’honorable Bill Rompkey a ouvert le débat lors de la deuxième lecture du projet de loi C-25 devant le Sénat dans le même esprit (Canada. Parlement. *Débats du Sénat*, 36^e lég., 1^{re} sess., vol. 137 (16 juin 1998), à la page 1802) :

[TRADUCTION] [...] [les modifications au projet de loi C-25] conféreront une structure plus moderne et efficace pour les opérations du ministère et des forces armées. Elles aligneront mieux les processus de la justice militaire sur ceux du système judiciaire applicable aux autres Canadiens. Mais elles continueront de respecter les exigences militaires de mobilité et de rapidité, et de faire appel à la participation de la chaîne de commandement en temps de paix et en présence de conflits, où que soient déployées les Forces armées canadiennes.

Le système de justice militaire devrait donc ressembler au système de justice civil si aucune raison d’ordre militaire ne justifie d’adopter une approche différente. Compte tenu des similitudes des dispositions du *Code criminel* et de celles de la Loi en cause, nous pouvons nous inspirer de la jurisprudence des cours pénales pour interpréter les dispositions applicables de la Loi.

[33] Il existe une abondante jurisprudence des tribunaux pénaux sur la question de savoir si une « révision » est une nouvelle audience à l’issue de laquelle le juge de révision décide la mesure qu’il convient de prendre ou s’il s’agit simplement d’un appel dans lequel la décision prononcée demeure inchangée à moins qu’elle soit entachée d’une erreur.

[34] Le processus de révision est souvent qualifié d’instance hybride. Dans la décision *R. v. Bradley and Bickerdike*, [1977] C.S. 1055 (QC CS), à la page 1058,

at page 33, Justice Greenberg rules that a Superior Court Judge in revision should not substitute his own discretion for that of the magistrate unless convincing new evidence is received at the hearing which was not heard by the magistrate or “he comes to the conclusion that the magistrate either exceeded his jurisdiction or made an error in law or a serious error in his appreciation of the facts.”

[35] In *HMTQ v. Aulakh et al; R. v. Adiwai*, 2003 BCSC 740 (*Adiwai*), Justice Romilly of the British Columbia Supreme Court surveys the jurisprudence on the question of whether a bail review is a *de novo* hearing or an appeal. He concludes at paragraph 27 that “it is a blend of the two”. He refers to *R. v. Carrier* (1980), 51 C.C.C. (2d) 307 (MB CA) at page 313, for the proposition that “Parliament intended the review to be conducted with due consideration for the initial order but, depending on the circumstances, with an independent discretion to be exercised by the review court.”

[36] *Adiwai* follows one of the leading cases that establishes the test that a reviewing court is to apply on a detention review: *R. v. DiMatteo* (1981), 60 C.C.C. (2d) (BC CA) (*DiMatteo*). In *DiMatteo*, at page 266 of the decision, Justice Craig indicates that the reviewing judge “may have the power to substitute his assessment of the application for that of the justice” who made the initial order, but that the reviewing judge should only do so when he or she “felt that the justice had erred in principle or that he was clearly wrong or that it would be unjust not to order the release of the applicant.”

[37] This test has been re-stated in recent decisions, but its basic elements have not changed. In *R. v. Yakimishyn*, 2008 ABQB 188, Justice Veit explains at paragraph 18 that “[a] bail review hearing has, potentially, two steps: the first is to determine if there is an error of law or a material change of circumstance, and, if one is found, the second is to grant a *de novo* bail hearing.” The *DiMatteo* test is also adopted by other Superior Courts of criminal jurisdiction (see e.g.: *R. v. Kalashnikoff*, 2004 CanLII 20454 (ON SC), at paragraph 5; *R. v. Longman*, 2011

le juge Greenberg explique que le juge de la Cour supérieure siégeant en révision ne doit pas substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du magistrat, sauf si de nouveaux éléments de preuve qui n’avaient pas été portés à la connaissance du magistrat sont présentés à l’audience ou si le juge de la Cour supérieure [TRADUCTION] « conclut que le magistrat a outrepassé sa compétence, ou a commis une erreur de droit ou une erreur grave dans l’appréciation des faits ».

[35] Dans la décision *HMTQ v. Aulakh et al; R. v. Adiwai*, 2003 BCSC 740 (*Adiwai*), le juge Romilly de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a passé en revue la jurisprudence sur la question de savoir si la révision d’une mise en liberté sous caution était une audience *de novo* ou un appel. Le juge a conclu, au paragraphe 27, qu’il s’agit d’un [TRADUCTION] « mélange des deux ». Il a renvoyé à l’arrêt *R. v. Carrier* (1979), 51 C.C.C. (2^d) 307 (MB CA), à la page 313, pour affirmer que [TRADUCTION] « le législateur souhaitait que la cour de révision procède au contrôle en tenant dûment compte de la décision initiale, mais que, selon les circonstances, elle exerce son propre pouvoir discrétionnaire ».

[36] La décision *Adiwai* suit l’un des arrêts de principe qui établit le critère que la cour de révision doit appliquer lors de la révision d’une décision ordonnant la détention, soit *R. v. DiMatteo* (1981), 60 C.C.C. (2d) 262, (BC CA). Dans l’arrêt *DiMatteo*, à la page 266, le juge Craig explique que le juge de révision [TRADUCTION] « peut substituer son appréciation à celle du juge » qui a rendu l’ordonnance initiale, mais qu’il ne doit le faire que lorsqu’il [TRADUCTION] « estime que le juge a commis une erreur de principe ou a eu manifestement tort ou qu’il serait injuste de ne pas ordonner la mise en liberté du requérant ».

[37] Ce critère a été expliqué d’autres façons dans des décisions récentes, mais ses éléments essentiels sont demeurés les mêmes. Ainsi, dans l’arrêt *R. v. Yakimishyn*, 2008 ABQB 188, la juge Veit explique, au paragraphe 18, qu’une [TRADUCTION] « audience relative à la révision d’une mise en liberté sous caution comporte éventuellement deux étapes : la première consiste à déterminer s’il y a eu une erreur de droit ou un changement important de la situation, auquel cas, à la seconde étape, on ordonne la tenue d’une audience de mise en liberté sous caution

SKQB 325 (SK QB), at paragraph 13; *R. v. Esmond*, 2004 CanLII 6410 (QC CS), at paragraph 13; and *Casford v. R.*, 2003 PESCTD 44, at paragraph 16).

[38] In my view, the *DiMatteo* test appropriately sets out the considerations for a review by a Military Judge under section 159.9 of the Act. This approach will ensure an effective and expeditious process for disposing of bail issues in the Military Justice System. Re-stated for our purposes, the applicable considerations are the following:

- a. Whether the Military Judge committed an error in law or principle, or was clearly wrong, thereby requiring the Court Martial Appeal Court to substitute its assessment of the application for that of the military judge; and
- b. Whether there has been a material change in circumstances since the Military Judge made his or her direction rendering the continued detention of the person unjust.

[39] In this instance, the onus is on the applicant to establish either of the above grounds of review.

V. Issues

[40] O.S. O'Toole submits that both grounds of review are applicable to the Military Judge's decision. He submits that:

- a. The Military Judge erred in concluding that:
 - i. O.S. O'Toole's "retention in custody is necessary for the protection of the public... [because] there is more than a substantial likelihood that the accused will re-offend if he is released from custody...". The applicant argues that the likelihood of re-offending is not a stand-alone ground for detention under paragraph 159.2(b)

de novo ». Le critère énoncé dans l'arrêt *DiMatteo* a été repris par d'autres cours supérieures de compétence pénale (voir, par exemple, *R. v. Kalashnikoff*, 2004 CanLII 20454 (ON SC), au paragraphe 5; *R. v. Longman*, 2011 SKQB 325 (SK QB), au paragraphe 13; *R. c. Esmond*, 2004 CanLII 6410 (QC CS), au paragraphe 13; et *R. v. Casford*; 2003 PESCTD 44, au paragraphe 16).

[38] À mon avis, le critère de l'arrêt *DiMatteo* énonce de façon appropriée les facteurs dont le juge militaire doit tenir compte lorsqu'il procède à une révision en vertu de l'article 159.9 de la Loi. Cette approche garantit un processus efficace et expéditif lorsqu'il s'agit de trancher des questions relatives à la mise en liberté dans le système de justice militaire. Reformulés pour nos besoins, les facteurs applicables sont les suivants :

- a. Le juge militaire a-t-il commis une erreur de droit ou de principe, ou a-t-il eu manifestement tort, de sorte que la Cour d'appel de la cour martiale doive substituer sa propre appréciation de la requête à celle du juge militaire?
- b. La situation a-t-elle changé de façon importante depuis que le juge militaire a rendu sa décision, rendant ainsi le maintien en détention de l'intéressé injuste?

[39] Dans le cas qui nous intéresse, il incombe au requérant d'établir l'un ou l'autre des motifs en question.

V. Les questions en litige

[40] Le mat 3 O'Toole affirme que les deux motifs de révision s'appliquent à la décision du juge militaire. Il affirme ce qui suit :

- a. Le juge militaire a commis une erreur en concluant que :
 - i. [TRADUCTION] « la détention [du mat 3 O'Toole] est nécessaire pour assurer la protection du public [...] il existe plus qu'une probabilité marquée que l'accusé commette une nouvelle infraction s'il est mis en liberté [...] ». Le requérant affirme que la probabilité de récidive ne constitue pas à elle seule un motif

- of the Act; there must also be a danger to public safety;
- ii. “On 10 September [2012] he [O.S. O’Toole] was found guilty at court martial on the charges of stealing and failing to comply with a condition of release...” O.S. O’Toole argues that this finding was in error. O.S. O’Toole was not found guilty, but pleaded guilty to these charges and thus accepted responsibility for his actions;
- iii. O.S. O’Toole “continues to have difficulty with substance abuse to the point that he is presently incapable of complying with reasonable terms intended to secure his good behaviour.” O.S. O’Toole concedes that there was evidence of his alcohol abuse before the Military Judge. However, O.S. O’Toole points to the evidence that he completed a treatment program for his alcohol abuse and the lack of evidence that he was intoxicated when committing the alleged offences to support his argument that the Military Judge’s conclusion is unreasonable.
- b. Three circumstances have arisen since the Military Judge made his direction to retain O.S. O’Toole in custody, to wit:
- i. The charges against the applicant have been proffered, and he is no longer charged with assault;
- ii. O.S. O’Toole had already been detained for 21 days as of the hearing before this Court on November 5, 2012. Given the charges against him, the anticipated sentence is likely to be less than his anticipated pre-trial detention;
- iii. O.S. O’Toole’s conditions of detention in the detention barracks of CFB Esquimalt are unduly
- suffisant pour justifier son maintien en détention en vertu de l’alinéa 159.2b) de la Loi; la détention doit également être nécessaire pour assurer la sécurité du public;
- ii. [TRADUCTION] « le 10 septembre [2012], il [le mat 3 O’Toole] a été reconnu coupable par une cour martiale de vol et d’omission de se conformer à une condition de sa mise en liberté ». Le mat 3 O’Toole soutient que cette conclusion est erronée. Il n’a pas été déclaré coupable, mais a plaidé coupable aux accusations en question et a donc accepté la responsabilité de ses actes;
- iii. le mat 3 O’Toole [TRADUCTION] « continue à avoir des problèmes de toxicomanie au point où il est pour le moment incapable de se conformer à des conditions raisonnables visant à assurer qu’il se conduise convenablement ». Le mat 3 O’Toole admet que le juge militaire disposait d’éléments de preuve au sujet de l’abus d’alcool. Toutefois, le mat 3 O’Toole attire l’attention sur les éléments de preuve démontrant qu’il a terminé un traitement pour alcoolisme et que rien n’indique qu’il était ivre lorsqu’il a commis les infractions qu’on lui reproche pour étayer la thèse voulant que la conclusion du juge militaire est déraisonnable.
- b. Trois nouveaux faits se sont produits depuis que le juge militaire a décidé de maintenir le mat 3 O’Toole en détention :
- i. les accusations portées contre le requérant ont été déposées et il n’est plus accusé de voies de fait;
- ii. le mat 3 O’Toole avait déjà été détenu pendant 21 jours lors de l’audience de notre Cour le 5 novembre 2012. Compte tenu des accusations portées contre lui, la peine qui pourrait lui être infligée sera probablement moins longue que la durée de sa détention préventive;
- iii. les conditions de détention du mat 3 O’Toole à la caserne disciplinaire de la BFC Esquimalt

harsh for a detainee in custody awaiting trial. According to O.S. O'Toole's uncontested evidence, he is given no set program to occupy him; he has no access to a library or a kitchen; he is exposed to no outside light or ventilation; he is mostly alone, and he is permitted no interaction when other detainees are present.

sont trop sévères pour une personne détenue en attente de son procès. Selon le témoignage non contredit du mat 3 O'Toole, on ne lui offre aucun programme fixe pour l'occuper, il n'a pas accès à la bibliothèque ou à la cuisine, il n'y a pas de lumière extérieure ou de ventilation, il est presque constamment seul et lorsqu'il y a d'autres détenus, on ne lui permet pas de leur parler.

[41] In my view the following issues arise in this application:

- a. Did the Military Judge commit a reviewable error of law or principle in directing that O.S. O'Toole be retained in custody?
- b. Have circumstances arisen since the Military Judge's direction that renders O.S. O'Toole's continued detention unjust?

VI. Analysis

[42] The above issues will be considered in turn.

A. Did the Military Judge commit a reviewable error of law or principle in directing that O.S. O'Toole be retained in custody?

[43] In the circumstances of this case, there is no dispute that one of the charges at issue is a "designated offence" as defined in section 153 of the Act. Consequently, pursuant to section 159.3 of the Act, the onus is on O.S. O'Toole to establish that his continued detention is not justified.

[44] In determining that O.S. O'Toole be retained in custody, the Military Judge considered the grounds set out in paragraphs 159.2(a) and (b) of the Act.

[45] As with section 159.9 of the Act, there is a dearth of jurisprudence interpreting section 159.2 of the Act. For the same reasons that civilian criminal jurisprudence informs the interpretation of section 159.9, it may also inform the interpretation of section 159.2. Section 159.2 has

[41] À mon avis, la présente requête soulève les questions suivantes :

- a. Le juge militaire a-t-il commis une erreur de droit ou de principe justifiant une révision en ordonnant le maintien en détention du mat 3 O'Toole?
- b. Y a-t-il eu de nouveaux faits depuis le prononcé de la décision du juge militaire, de sorte qu'il est maintenant injuste de maintenir en détention le mat 3 O'Toole?

VI. Analyse

[42] J'examinerai les questions qui précèdent à tour de rôle.

A. Le juge militaire a-t-il commis une erreur de droit ou de principe justifiant une révision en ordonnant le maintien en détention du mat 3 O'Toole?

[43] Il n'est pas contesté que l'une des accusations en cause est une « infraction désignée » au sens de l'article 153 de la Loi. En conséquence, en vertu de l'article 159.3 de la Loi, il incombe au mat 3 O'Toole de faire valoir l'absence de fondement de son maintien en détention.

[44] Pour décider si le mat 3 O'Toole devait être maintenu en détention, le juge militaire a examiné les motifs énoncés aux alinéas 159.2a) et 159.2b) de la Loi.

[45] Tout comme dans le cas de l'article 159.9 de la Loi, il existe très peu de jurisprudence sur l'interprétation de l'article 159.2 de la Loi. Tout comme la jurisprudence pénale civile est utile pour interpréter l'article 159.9, elle est également utile pour interpréter l'article 159.2. Le

parallel wording to the judicial interim release provisions of the *Criminal Code*, namely subsection 515(10).

- (1) Is continued detention of the applicant justified pursuant to paragraph 159.2(a) of the Act?

[46] Paragraph 515(10)(a) of the *Criminal Code* and paragraph 159.2(a) of the Act both require a case-by-case factual analysis of the likelihood that the person in custody will fail to attend his or her trial. The criminal courts have highlighted a number of relevant factors to consider in conducting the analysis.

[47] Among the relevant factors are the gravity of the alleged offences and the anticipated length of incarceration. Jurisprudence has indicated that there is a presumption that the more serious the alleged offence and the longer the anticipated sentence, the more likely it is that the accused will fail to attend (see e.g. *R. v. Massey*, 2005 BCCA 174, at paragraph 8; *R. v. Sanchez*, 1998 NSCA 6, at paragraphs 17 and 18). The Court is also to consider the circumstances of the accused's release or any conditions that might be imposed on the accused's release to mitigate the risk of flight (see e.g. *Cretu v. Romania*, 2012 SKCA 69, at paragraph 28; *R. v. Sanderson*, 1999 CanLII 18770 (MB CA), at paragraph 3).

[48] In addition, the court should take into account the accused's attitude towards the administration of justice, in particular any attempts to flee justice, failures to attend court or failures to comply with court orders in the past (see e.g. *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431 (*Brotherston*); *Boily c. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599, at paragraphs 22 and 23; *R. v. F. (D.P.)*, 1999 CanLII 19020 (NL CA), at paragraphs 12 and 13; *R. v. Sharif*, 1994 CanLII 782 (ON CA), at paragraphs 4 and 5; *R. v. Benn*, 1993 ABCA 273).

[49] On the evidence before the Military Judge, O.S. O'Toole faced numerous charges. They were not among the gravest, nor were they expected to carry heavy sentences. Both parties took the position that the alleged

libellé de l'article 159.2 rappelle les dispositions du *Code criminel* relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire, c'est-à-dire le paragraphe 515(10).

- (1) Le maintien en détention du requérant est-il justifié en vertu de l'alinéa 159.2a) de la Loi?

[46] L'alinéa 515(10)a) du *Code criminel* et l'alinéa 159.2a) de la Loi exigent tous deux une analyse factuelle au cas par cas des probabilités que le détenu ne se présente pas à son procès. Les cours pénales ont souligné un certain nombre de facteurs pertinents dont il convient de tenir compte pour procéder à cette analyse.

[47] Parmi les facteurs pertinents, il y a la gravité de l'infraction reprochée ainsi que la durée prévue de l'incarcération. Suivant la jurisprudence, il existe une présomption suivant laquelle plus l'infraction reprochée est grave et plus la peine prévue est longue, plus il est probable que l'accusé fera défaut de se présenter (voir, par exemple, les arrêts *R. v. Massey*, 2005 BCCA 174, au paragraphe 8; *R. v. Sanchez*, 1998 NSCA 6, aux paragraphes 17 et 18). La Cour doit également tenir compte des circonstances entourant la mise en liberté de l'accusé, ainsi que des conditions qu'elle peut imposer et qui sont susceptibles d'atténuer les risques de fuite (voir, par exemple, les arrêts *Cretu v. Romania*, 2012 SKCA 69, au paragraphe 28; *R. v. Sanderson*, 1999 CanLII 18770 (MB CA), au paragraphe 3).

[48] En outre, le tribunal doit tenir compte de l'attitude de l'accusé envers l'administration de la justice, en particulier toute tentative faite en vue de se dérober à la justice, ses défauts de comparaître devant le tribunal ou ses défauts de se conformer à des ordonnances judiciaires (voir, par exemple, les arrêts *R. v. Brotherston*, 2009 BCCA 431 (*Brotherston*); *Boily c. États-Unis Mexicains*, 2005 QCCA 599, aux paragraphes 22 et 23; *R. v. F. (D.P.)*, 1999 CanLII 19020 (NL CA), aux paragraphes 12 et 13; *R. v. Sharif*, 1994 CanLII 782 (ON CA), aux paragraphes 4 et 5; *R. v. Benn*, 1993 ABCA 273).

[49] Selon la preuve dont disposait le juge militaire, le mat 3 O'Toole faisait l'objet de nombreuses accusations. Il ne s'agissait pas des accusations les plus graves et elles ne l'exposaient pas à des peines lourdes. Les deux parties

assault, the charge with the potential for the longest sentence in custody, was on the milder end of the spectrum of assaults. These factors favour the applicant.

[50] The Military Judge explicitly considered the applicant's conduct relating to compliance and his failures to comply with orders. The evidence before him led him to conclude that O.S. O'Toole's history of failing to comply with orders to report to was at the more serious end of the spectrum. Four of the offences with which he is charged relate directly to these failures, and he was previously convicted on one such charge at his September 10, 2012 Court Martial. On the record of offences before him it was open to the Military Judge to conclude that the applicant "has demonstrated a persistent pattern of failing to adhere to the requirements of his superior in the chain of command, and even of adhering to the ordinary discipline of showing up for work on time".

[51] In certain instances, failure to comply with conditions of release or failure to report pursuant to paragraph 515(10)(a) of the *Criminal Code* and by analogy paragraph 159.2(a) of the Act is insufficient on its own to justify detention (see e.g. *Brotherston*, above). O.S. O'Toole contends that he did not fail to attend his previous Court Martial. Nevertheless, in this instance, the applicant has been released on conditions many times and has repeatedly failed to comply with his conditions of his release, violating them on five occasions. While O.S. O'Toole appeared for his previous Court Martial, and has no record of previous offences of failing to appear before a service tribunal, it was open to the Military Judge to find, on all the evidence, that O.S. O'Toole had not satisfied his onus of establishing that "continued retention in custody is not required" to ensure his attendance before his Standing Court Martial.

[52] The applicant argues that the Military Judge's conclusion that he "continues to have difficulty with substance abuse to the point that he is presently incapable

ont convenu que les voies de fait reprochées, c'est-à-dire l'accusation pour laquelle le requérant s'exposait à la plus longue peine de détention, se situaient au bas de l'échelle en ce qui concerne la gravité des voies de fait. Ces facteurs militent en faveur du requérant.

[50] Le juge militaire a expressément tenu compte de la conduite du requérant en matière de conformité, ainsi que de son défaut de se conformer aux ordres. Les éléments de preuve portés à sa connaissance l'ont amené à conclure que les défauts du mat 3 O'Toole de se conformer aux ordres de se présenter aux autorités se situaient vers l'extrémité la plus élevée dans l'échelle de la gravité. Quatre des infractions dont il était accusé se rapportaient directement à ces omissions et il avait déjà été reconnu coupable d'une de ces accusations à l'audience du 10 septembre 2012 devant la cour martiale. Compte tenu du dossier porté à sa connaissance, le juge militaire pouvait conclure que l'appelant avait [TRADUCTION] « omis de façon systématique de se conformer aux exigences de ses supérieurs et même de faire preuve de la discipline élémentaire consistant à se présenter au travail à l'heure ».

[51] Dans certains cas, le défaut de se conformer aux conditions de mise en liberté ou de se présenter au sens de l'alinéa 515(10)a) du *Code criminel*, et, par analogie, de l'alinéa 159.2a) de la Loi, ne suffit pas à lui seul pour justifier la détention (voir, par exemple, la décision *Brotherston*, précitée). Le mat 3 O'Toole affirme qu'il n'a pas fait défaut de se présenter à la cour martiale. Néanmoins, en l'espèce, le requérant a été mis en liberté à certaines conditions à de nombreuses reprises et il a, à plusieurs reprises, fait défaut de se conformer aux conditions de sa mise en liberté, les violant à cinq reprises. Bien que le mat 3 O'Toole ait comparu devant la cour martiale, et qu'il n'ait pas d'antécédent en matière de défaut de comparaître devant un tribunal militaire, le juge militaire pouvait conclure, vu l'ensemble de la preuve dont il disposait, que le mat 3 O'Toole ne s'était pas acquitté du fardeau de faire valoir l'absence de fondement du maintien en détention « pour assurer sa comparution devant le tribunal militaire ».

[52] Le requérant affirme que la conclusion du juge militaire suivant laquelle il [TRADUCTION] « continue à avoir des problèmes de toxicomanie au point où il

of complying with reasonable terms intended to secure his good behaviour” is unreasonable. I disagree. As the Military Judge mentions, O.S. O’Toole has a record of two drunkenness offences in 2010 and of recent treatment at the Edgewood facility. Each of the four charges O.S. O’Toole faces for failing to report or being absent without leave relate to incidents that occurred after he completed addiction treatment at the Edgewood facility. It was open to the Military Judge to infer that the applicant’s recent treatment for substance abuse did not solve his problem.

[53] Although alcohol abuse alone might constitute insufficient grounds to justify the Military Judge’s conclusion that O.S. O’Toole is “incapable of complying with reasonable terms intended to secure his good behaviour” it is not the only basis relied upon by the Military Judge. He also found that the applicant “has been under straightforward simple reporting conditions in the recent past and has consistently failed to comply with them.” Given O.S. O’Toole’s propensity to violate conditions of release and to disobey orders to report, it was open to the Military Judge to conclude as he did: “I cannot conceive of any set of conditions that would be sufficient to allay my concerns that Ordinary Seaman O’Toole will not appear before a service tribunal on these charges.”

[54] Consequently, I conclude that it was open to the Military judge to find that O.S. O’Toole’s continued detention was required to ensure his attendance at his Standing Court Martial. I am satisfied that the Military Judge committed no reviewable error in his assessment of the applicable factors relating to subsection 159.2(a). Since the test provided for in section 159.2 is not conjunctive, my finding under paragraph (a) is dispositive of the application unless a material change in circumstances renders the continued detention unjust.

est pour le moment incapable de se conformer à des conditions raisonnables visant à assurer qu’il se conduise convenablement » est déraisonnable. Je ne suis pas de cet avis. Ainsi que le juge militaire le mentionne, le mat 3 O’Toole a deux infractions d’ivresse à son dossier en 2010 et a récemment suivi un traitement au centre Edgewood. Chacune des quatre accusations auxquelles le mat 3 O’Toole doit répondre pour défaut de se présenter ou pour absence sans permission porte sur un incident qui s’est produit après qu’il avait terminé le traitement pour toxicomanie au centre Edgewood. Le juge militaire pouvait conclure que le traitement du requérant pour toxicomanie n’avait pas réglé son problème.

[53] Bien que l’abus d’alcool à lui seul ne constitue peut-être pas un motif suffisant pour justifier la conclusion du juge militaire suivant laquelle le mat 3 O’Toole [TRADUCTION] « est pour le moment incapable de se conformer à des conditions raisonnables visant à assurer qu’il se conduise convenablement », il ne s’agit pas du seul motif invoqué par le juge militaire. Il a également conclu que le requérant [TRADUCTION] « a systématiquement fait défaut de respecter les conditions fort simples de se présenter aux autorités auxquelles il était assujéti ces derniers temps ». Compte tenu de la tendance du mat 3 O’Toole à violer les conditions de sa mise en liberté et à désobéir aux ordres de se présenter aux autorités, le juge militaire pouvait conclure : [TRADUCTION] « Il m’est impossible d’imaginer des conditions qui pourraient dissiper mes craintes quant aux risques que le matelot de 3^e classe O’Toole fasse défaut de comparaître devant le tribunal militaire pour répondre aux accusations en question ».

[54] En conséquence, j’estime que le juge militaire pouvait conclure que le maintien en détention du mat 3 O’Toole était nécessaire pour s’assurer qu’il compareisse devant la cour martiale permanente. Je suis convaincu que le juge militaire n’a commis aucune erreur justifiant une révision dans son appréciation des facteurs applicables se rapportant à l’alinéa 159.2a). Comme le critère prévu à l’article 159.2 n’est pas conjonctif, la conclusion que je tire en ce qui concerne l’alinéa a) permet de trancher la requête, à moins que la situation ait changé de façon importante au point de rendre injuste le maintien en détention du requérant.

(2) Is continued detention of O.S. O'Toole justified pursuant to paragraph 159.2(b) of the Act?

[55] Subject to any material change in circumstances, to be discussed below, my above finding is dispositive of the application. I will nevertheless address the interpretation given by the Military Judge of paragraph 159.2(b) of the Act. The leading authority interpreting paragraph 515(10)(b) of the *Criminal Code*, and therefore by analogy paragraph 159.2(b) of the Act, is *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711 (*Morales*). At page 736 of the decision, Chief Justice Lamer describes “for the protection or safety of the public” as the “public safety component” of the provision.

[56] The criminal courts, in following *Morales* and its companion case *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, have often interpreted the provision having regard to the risk that the accused will, while released, commit a violent crime or engage in criminal activity that is directly related to violence (see e.g. *R. v. Skeard*, 2002 NSSC 177 (*Skeard*), at paragraph 15; *R. v. Fike*, 2011 BCPC 65, at paragraph 31). In determining the accused’s substantial likelihood of re-offending, certain courts employ a test for the accused’s “probability of dangerousness” which focuses on the connection with violence (*R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155 (QC CA), at page 1158, see e.g. *R. c. Bégin*, [2000] J.Q. No. 4673 (QL) (QC CS), at paragraphs 14 and 15; *R. c. Auger*, 2002 CanLII 24374 (QC CQ), at paragraph 97; *R. c. Cleary*, 2005 CanLII 1575 (QC CS), at paragraph 46; *R. v. Taylor*, 2006 ABQB 480, at paragraph 12). Guided by the above jurisprudence, I am satisfied that, if the offence that the accused is likely to commit relates to violence, this would weigh heavily in favour of retaining the accused in custody to ensure the protection or safety of the public.

[57] In *Morales*, above, Chief Justice Lamer explains that apart from violence or activities related to violence, other circumstances including activities involving a substantial likelihood of tampering with the administration of justice may also justify retaining an accused in custody pursuant to paragraph 515(10)(b) of the *Criminal Code*. At page 737 of the decision, the learned Chief Justice

(2) Le maintien en détention du requérant est-il justifié en vertu de l’alinéa 159.2b) de la Loi?

[55] Sous réserve de tout changement important dans la situation, ce dont nous traiterons plus loin, la conclusion que je viens de tirer permet de trancher la requête. Je vais néanmoins me pencher sur l’interprétation que le juge militaire a faite de l’alinéa 159.2b) de la Loi. L’arrêt de principe en ce qui concerne l’interprétation de l’alinéa 515(10)(b) du *Code criminel*, et, par analogie, de l’alinéa 159.2b) de la Loi, est l’arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711 (*Morales*). À la page 736 de cet arrêt, le juge en chef Lamer décrit la disposition où il est question de « la protection ou la sécurité du public » comme étant l’élément « sécurité du public ».

[56] Les cours pénales qui ont appliqué l’arrêt *Morales* et l’arrêt connexe *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, ont souvent interprété cette disposition en tenant compte du risque que l’accusé, une fois mis en liberté, commette un crime violent ou se livre à des activités criminelles directement liées à la violence (voir, par exemple, les jugements *R. v. Skeard*, 2002 NSSC 177 (*Skeard*), au paragraphe 15; *R. v. Fike*, 2011 BCPC 65, au paragraphe 31). Pour déterminer la probabilité marquée de récidive de l’accusé, certains tribunaux appliquent le critère de la « probabilité de dangerosité » de l’accusé, lequel insiste sur la violence (*R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155 (QC CA), à la page 1158, voir également, par exemple, *R. c. Bégin*, [2000] J.Q. n° 4673 (QL) (QC CS), aux paragraphes 14 et 15; *R. c. Auger*, 2002 CanLII 24374 (QC CQ), au paragraphe 97; *R. c. Cleary*, 2005 CanLII 1575 (QC CS), au paragraphe 46; *R. v. Taylor*, 2006 ABQB 480, au paragraphe 12). À la lumière de la jurisprudence précitée, je suis convaincu que, si l’infraction que l’accusé est susceptible de commettre comporte de la violence, ce facteur militerait fortement en faveur du maintien de l’accusé en détention pour assurer la protection ou la sécurité du public.

[57] Dans l’arrêt *Morales*, précité, le juge en chef Lamer explique qu’outre la violence ou les activités liées à la violence, d’autres circonstances peuvent justifier le maintien en détention de l’accusé en vertu de l’alinéa 515(10)(b) du *Code criminel*, notamment une probabilité marquée que l’intéressé nuise à l’administration de la justice. À la page 737 de sa décision, le juge en chef explique qu’en

states that, in such circumstances, detention is necessary in order to protect the administration of justice and to ensure the proper functioning of the bail system.

[58] Chief Justice Lamer further states at page 738 of the decision that in his view:

... the bail system also does not function properly if individuals commit crimes while on bail. One objective of the entire system of criminal justice is to stop criminal behaviour. The bail system releases individuals who have been accused but not convicted of criminal conduct, but in order to achieve the objective of stopping criminal behaviour, such release must be on condition that the accused will not engage in criminal activity pending trial. ...

The learned Chief Justice does not limit paragraph 515(10)(b) to the risk of violence or criminal activity related to violence.

[59] Paragraph 515(10)(b) of the *Criminal Code* and paragraph 159.2(b) of the Act provide a basis for the detention of an accused where there is a substantial likelihood that he or she will engage in criminal activity that impacts on the protection and safety of the public. Based on Chief Justice Lamer's broad interpretation, the provision is not restricted to violent offences or offences connected to violence as argued by O.S. O'Toole. In my view, the criminal activity must either be violent, be connected to violence, be of such a nature that it interferes with the administration of justice, or in some other way impact the protection or safety of the public.

[60] Chief Justice Lamer explains in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at page 293 that "[t]he safety and well-being of Canadians depends considerably on the willingness and readiness of a force of men and women to defend against threats to the nation's security." The learned Chief Justice further remarks that the military justice system must enforce discipline effectively and efficiently, and that many civilian offences may take on a more serious connotation in the military context. This is the main reason that military justice is administered separately from civilian justice. It follows that, in the military context, the application of paragraph 159.2(b) of the

pareil cas, la détention est nécessaire pour protéger l'administration de la justice et pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution.

[58] Le juge en chef Lamer affirme également, à la page 738, qu'à son avis :

[...] ce système ne fonctionne pas bien non plus si des personnes commettent des crimes après avoir été mises en liberté sous caution. Un des objectifs du système de justice pénale dans son ensemble est d'enrayer la criminalité. Dans le cadre du système de mise en liberté sous caution, des personnes qui ont été inculpées mais qui n'ont pas été déclarées coupables d'infractions sont mises en liberté, mais, pour atteindre l'objectif de répression de la criminalité, cette mise en liberté doit être assujettie à la condition que le prévenu n'exercera pas d'activité criminelle en attendant la tenue de son procès. [...]

Le juge en chef ne limite pas l'application de l'alinéa 515(10)(b) aux risques de violence ou d'activités criminelles liées à la violence.

[59] L'alinéa 515(10)(b) du *Code criminel* et l'alinéa 159.2(b) de la Loi permettent de détenir l'accusé lorsqu'il existe une probabilité marquée qu'il se livre à des activités criminelles susceptibles de compromettre la protection et la sécurité du public. Vu l'interprétation large proposée par le juge en chef Lamer, cette disposition ne se limite pas aux infractions violentes ou aux infractions comportant des éléments violents, comme le soutient le mat 3 O'Toole. À mon avis, l'activité criminelle doit être violente, doit être liée à la violence, doit être de nature à entraver l'administration de la justice ou doit nuire à la protection ou à la sécurité du public.

[60] Le juge en chef Lamer a expliqué dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la page 293, que « [l]a sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de la volonté d'une armée, composée de femmes et d'hommes, de défendre le pays contre toute attaque et de leur empressement à le faire ». Le juge en chef a également fait remarquer que le système de justice militaire doit être en mesure de faire respecter la discipline de façon efficace et que plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme plus graves dans le contexte militaire. Voilà la principale raison pour laquelle la justice militaire est administrée

Act may involve consideration of additional factors such as the substantial likelihood that the accused will, if not retained in custody, commit an offence that will impact the discipline, efficiency, or morale of the military to an extent that could affect the operational readiness of the Canadian Forces. In such exceptional cases, the impact of such an offence on military discipline is an appropriate consideration in deciding whether detention is warranted under paragraph 159.2(b) of the Act.

[61] While the Military Judge considered whether O.S. O'Toole was likely to re-offend, he did not consider the nature of the offences that O.S. O'Toole was "substantially likely" to commit. The Military judge found only that "... continued retention in custody is necessary for the protection of the public." An analysis of the nature of the offences likely to be committed would have been necessary in order to assess whether any of them would have an impact on the protection or safety of the public. The offences at issue relate essentially to the applicant's failure to report as ordered by his superiors, and do not directly relate to violence, undermine the functioning of the justice system, or impact the protection and safety of the public in any way. Nor does the evidence support any indication that the offences, if committed, would have any impact on military operational readiness.

[62] In conclusion, there is no evidence to indicate that there is a substantial likelihood that O.S. O'Toole will commit an offence that would impact on the protection or safety of the public. In the circumstances of this case, I am of the view that the evidence does not support a finding that O.S. O'Toole's retention in custody is required for the protection and safety of the public under paragraph 159.2(b) of the Act.

[63] Paragraph 159.2(c) was not raised before this Court on the application. In the absence of argument, I will not comment on this provision.

séparément de la justice civile. Il s'ensuit que, dans le contexte militaire, l'application de l'alinéa 159.2b) de la Loi peut comprendre la prise en compte de facteurs additionnels tels que la probabilité marquée que, s'il n'est pas maintenu en détention, l'accusé commettra une infraction qui aura des incidences sur la discipline, l'efficacité ou le moral des Forces canadiennes qui risquent de nuire à ses tâches. Dans certains cas exceptionnels, l'incidence d'une telle infraction sur la discipline militaire constitue un facteur dont on peut tenir compte pour décider si la détention est justifiée en vertu de l'alinéa 159.2b) de la Loi.

[61] Bien que le juge militaire se soit demandé si le mat 3 O'Toole risquait de récidiver, il ne s'est pas interrogé sur la nature des infractions pour lesquelles il existait à son avis une « probabilité marquée » de récidive. Le juge militaire s'est contenté d'estimer que [TRADUCTION] « son maintien en détention est nécessaire pour la protection du public ». Il aurait été nécessaire qu'il analyse la nature des infractions que le requérant était susceptible de commettre pour déterminer si l'une ou l'autre de ces infractions aurait eu une incidence sur la protection ou la sécurité du public. Les infractions en cause se rapportent essentiellement au défaut du requérant de se présenter devant ses supérieurs comme il devait le faire et ne portaient pas directement sur la violence, ne compromettaient pas l'administration de la justice et n'avaient pas d'incidence sur la protection ou la sécurité du public de quelque manière que ce soit. La preuve ne permet par ailleurs pas de penser que, si elles étaient commises, ces infractions auraient quelque incidence que ce soit sur les tâches des forces militaires.

[62] En conclusion, rien n'indique qu'il existe une probabilité marquée que le mat 3 O'Toole commettra une infraction qui aurait une incidence sur la protection ou la sécurité du public. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, je suis d'avis que la preuve ne permet pas de conclure que le maintien du mat 3 O'Toole en détention est nécessaire pour assurer la protection et la sécurité du public au sens de l'alinéa 159.2b) de la Loi.

[63] L'alinéa 159.2c) n'a pas été invoqué devant notre Cour. Je ne vais donc pas formuler d'observation au sujet de cette disposition.

B. *Have circumstances arisen since the Military Judge's direction that render O.S. O'Toole's continued detention unjust?*

[64] O.S. O'Toole submits that there are three material changes in his circumstances since the direction of the Military Judge that render his continued detention unjust. I shall deal with each alleged material change in circumstances in turn.

- (1) The Canadian Forces have not proffered the assault charge for the Standing Court Martial

[65] O.S. O'Toole argues that the decision of the respondent not to proceed with the assault charge is a material change in circumstances since the Military Judge's October 26, 2012 decision to retain him in custody.

[66] The disposition of charges has been considered a material change in circumstances, but it may not necessarily be determinative of the review application (*R. v. Hill*, [1973] 5 W.W.R. 382 (BC SC), at pages 382 and 383). In *R. v. Jacque*, 2008 NLTD 184, the disposition of several charges against the accused coupled with a long pre-trial delay constituted a material change in circumstances justifying release of the accused pending trial (at paragraphs 5 and 19). However, in other cases such a change may not be sufficient to warrant releasing the accused. It will depend on the circumstances of the case. In *Skeard*, above, at paragraph 15, the Court denied bail on the basis of the accused's extensive criminal record and his disregard of court orders notwithstanding the change in the nature of the charges against him.

[67] In the case before me, I do not find the withdrawal of the assault charge to be a material change in circumstances warranting this Court's intervention. In my view, the change does not impact the Military Judge's basis for ordering that O.S. O'Toole remain in custody. The

B. *Y a-t-il eu de nouveaux faits depuis le prononcé de la décision du juge militaire, de sorte qu'il est maintenant injuste de maintenir en détention le mat 3 O'Toole?*

[64] Le mat 3 O'Toole affirme que trois changements importants sont survenus dans sa situation depuis la décision du juge militaire qui font que son maintien en détention serait maintenant injuste. Je vais aborder à tour de rôle chacun des changements importants invoqués.

- (1) Les Forces canadiennes n'ont pas déposé d'accusation de voies de fait devant la cour martiale permanente

[65] Le mat 3 O'Toole fait valoir que la décision de l'intimée de ne pas donner suite à l'accusation de voies de fait constitue un changement important survenu dans sa situation depuis la décision du 26 octobre 2012 du juge militaire de le maintenir en détention.

[66] Le fait qu'une décision a été prise au sujet d'une accusation peut être un changement important, mais ne permet pas nécessairement de trancher la demande de révision (*R. v. Hill*, [1973] 5 W.W.R. 382 (BC SC), aux pages 382 et 383). Dans la décision *R. v. Jacque*, 2008 NLTD 184, le fait que plusieurs accusations portées contre l'accusé avaient fait l'objet d'une décision et qu'un long délai s'était écoulé avant la tenue du procès avait été considéré comme un changement important dans la situation qui justifiait la mise en liberté de l'accusé avant son procès (aux paragraphes 5 et 19). Toutefois, dans d'autres cas, un tel changement ne serait peut-être pas suffisant pour justifier la mise en liberté de l'accusé. Tout dépend des circonstances de l'affaire. Dans le jugement *Skeard*, précité, au paragraphe 15, la Cour a refusé d'accorder la mise en liberté sous caution de l'accusé en raison de ses lourds antécédents judiciaires et de sa désobéissance aux ordonnances judiciaires, en dépit de la modification apportée à la nature des accusations portées contre lui.

[67] Dans l'affaire dont je suis saisi, j'estime que le retrait de l'accusation de voies de fait ne constitue pas un changement important qui justifierait l'intervention de notre Cour. À mon avis, ce changement n'a aucune incidence sur les raisons pour lesquelles le juge militaire

Military Judge decided that custody was required to ensure that O.S. O'Toole would attend his Standing Court Martial on the basis of his extensive history of failing to report when ordered to do so and breaching his conditions of release. Disposition of the assault charge does not change these circumstances.

- (2) O.S. O'Toole's pre-trial detention is likely to exceed the length of his sentence

[68] O.S. O'Toole submits that his continued detention would likely result in a situation where his pre-trial custody exceeds the length of his sentence. In *R. v. Abdel-Rahman*, 2010 BCSC 189, at paragraph 49, Justice Halfyard explains that a delay in the trial for "such a long period that he [the accused] might serve as much or more time in pre-trial custody than the length of any sentence that could be imposed upon him if convicted" constitutes a circumstance rendering continued detention unjust.

[69] After the Military Judge's direction, O.S. O'Toole's Standing Court Martial was scheduled for November 14, 2012. As a result, his pre-trial custody was to last for a total of 27 days from his initial arrest on October 18, 2012. At the hearing before this Court, neither party made submissions on a likely length of the sentence to be imposed. The applicant faces multiple charges, a number of which carry penalties that can possibly exceed 27 days of detention. In the circumstances of this case, I have not been persuaded that the length of the pre-trial detention is unjust.

- (3) O.S. O'Toole's living conditions in the detention barracks of CFB Esquimalt are unduly harsh and render his continued detention unjust

[70] O.S. O'Toole submits that the conditions of his pre-trial detention are not acceptable and render his continued detention unjust. The affidavit evidence before me includes conflicting evidence and evidence

a ordonné le maintien en détention du mat 3 O'Toole. Le juge militaire a décidé que le maintien en détention du mat 3 O'Toole était nécessaire pour s'assurer qu'il soit présent à l'audience de la cour martiale permanente en raison de ses nombreux défauts de se présenter malgré les ordres qui lui avaient été donnés et de ses nombreuses inobservations des conditions de sa mise en liberté. La décision prise au sujet de l'accusation de voies de fait ne change rien à la situation.

- (2) La durée de la détention préventive du mat 3 O'Toole risque de dépasser celle de sa peine

[68] Le mat 3 O'Toole affirme que son maintien en détention fera probablement en sorte que la durée de sa détention préventive dépassera celle de la peine qu'il devra purger. Dans la décision *R. v. Abdel-Rahman*, 2010 BCSC 189, au paragraphe 49, le juge Halfyard explique qu'un délai pour la tenue du procès [TRADUCTION] « d'une durée si longue que la détention avant le procès pourrait excéder la durée de la peine qu'on imposera à l'accusé » constitue une circonstance rendant son maintien en détention injuste.

[69] Après le prononcé de la décision du juge militaire, l'audience du mat 3 O'Toole devant la cour martiale permanente avait été fixée au 14 novembre 2012. Par conséquent, sa détention préventive devait durer en tout 27 jours à compter de son arrestation initiale le 18 octobre 2012. À l'audience de notre Cour, aucune des parties n'a formulé d'observations au sujet de la durée probable de la peine. Le requérant doit répondre à de nombreuses accusations, dont plusieurs le rendent passible de peines susceptibles de dépasser 27 jours de détention. Eu égard aux circonstances de l'espèce, on ne m'a pas convaincu que la durée de la détention préventive était injuste.

- (3) Les conditions de vie du mat 3 O'Toole dans la caserne disciplinaire de la BFC Esquimalt sont trop sévères et rendent injuste son maintien en détention

[70] Le mat 3 O'Toole affirme que les conditions de sa détention préventive ne sont pas acceptables et qu'elles rendent injuste son maintien en détention. Les affidavits qui m'ont été présentés comprennent des éléments de

that is not disputed. I will first deal with the conflicting evidence.

[71] Among the contested allegations, O.S. O'Toole alleges that his exercise facilities are inadequate. He attests at paragraph 14 of his affidavit that: “[t]he only exercise equipment is a broken Bowflex and stationary bike” which he has not been given time to use. At paragraph 15, he explains that “[o]ccasionally, but on no schedule and not daily I have been let out into an outside area about 12 x 15 feet for a short period of time.”

[72] Warrant Officer Menard's responding affidavit contradicts this evidence. The affidavit explains at paragraph 9 that “[a]n exercise yard is immediately adjacent to the detention barracks, and Ordinary Seaman O'Toole has been advised by detention barrack guards that he can go outside whenever he wants to during the day, for whatever duration he wishes, within reason. He must be accompanied by a detention barrack guard...” According to the affidavit, O.S. O'Toole has repeatedly declined opportunities to go outside. At paragraph 10, it mentions that “Ordinary Seaman O'Toole has unlimited access to the fitness room within the detention barrack during the day”, which contains a number of items of fitness equipment. These items were inspected on November 2, 2012, and “all are functional.”

[73] In relation to the above contested allegations and for the other contested allegations, it is not possible on an application of this nature to assess and weigh the conflicting evidence without the opportunity to hear the affiants and evaluate their credibility. Consequently, the disputed evidence will not form a basis for my decision. I am left to consider the undisputed evidence.

[74] According to O.S. O'Toole's uncontested evidence, while detained, he is given no set program to

preuve contradictoires ainsi que des éléments de preuve qui ne sont pas contestés. Je vais tout d'abord examiner les éléments de preuve contradictoires.

[71] Parmi les allégations contestées, mentionnons celle voulant que l'équipement mis à la disposition du mat 3 O'Toole pour faire de l'exercice soit inadéquat. Le mat 3 O'Toole affirme au paragraphe 14 de son affidavit que [TRADUCTION] « le seul équipement dont je dispose pour faire de l'exercice est un appareil Bowflex hors d'état de marche et un vélo stationnaire » qu'on ne lui a pas donné le temps d'utiliser. Au paragraphe 15, il explique [TRADUCTION] qu'« à l'occasion, mais sans horaire fixe et pas tous les jours, on m'a permis de sortir à l'extérieur dans un espace de 12 pieds par 15 pieds environ pendant de courtes périodes de temps ».

[72] L'adjudant Ménard contredit ce témoignage dans son affidavit. Il explique au paragraphe 9 [TRADUCTION] qu'« on trouve une cour d'exercice juste à côté de la caserne disciplinaire et que les gardiens de la caserne disciplinaire ont informé le mat 3 O'Toole qu'il pouvait sortir à sa guise pendant le jour aussi longtemps qu'il le souhaite, dans des limites raisonnables. Il doit être accompagné par un gardien de la caserne disciplinaire. » Suivant l'affidavit, le mat 3 O'Toole a systématiquement refusé de profiter des occasions qui lui étaient offertes de sortir à l'extérieur. Au paragraphe 10, il est mentionné que [TRADUCTION] « le mat 3 O'Toole a un accès illimité à la salle d'entraînement de la caserne disciplinaire pendant le jour » et qu'on y trouve plusieurs appareils de mise en forme. Ces appareils ont été inspectés le 2 novembre 2012 et [TRADUCTION] « ils étaient tous en état de marche ».

[73] En ce qui concerne les allégations contestées susmentionnées ainsi que d'autres allégations contestées, il n'est pas possible, lors d'une requête de cette nature, d'apprécier des éléments de preuve contradictoires sans avoir eu la possibilité d'entendre les auteurs des affidavits et d'apprécier leur crédibilité. En conséquence, je ne tiendrai pas compte des éléments de preuve contestés pour rendre ma décision. Il ne me reste à examiner que les éléments de preuve non contestés.

[74] Suivant les éléments de preuve non contestés du mat 3 O'Toole, alors qu'il est détenu, on ne lui a offert

occupy him; he has no access to a library or a kitchen; he is exposed to no outside light or ventilation; he is mostly alone, and he is permitted no interaction when other detainees are present.

[75] While the Respondent has provided evidence that the Applicant was supplied with reading materials, the above allegations are otherwise essentially not disputed. Although I am mindful of the hardships alleged by the accused that have not been contradicted by the Crown, given the duration of his pre-trial detention, I am satisfied, in the circumstances, that the conditions under which O.S. O'Toole is being detained at CFB Esquimalt are not unjust.

[76] I note, however, that, in the circumstances of a prolonged pre-trial detention, the conditions for pre-trial detention at CFB Esquimalt as alleged by the applicant may well fall short of acceptable conditions of pre-trial custody as outlined in articles 105.31 to 105.40 of the QR&O. Suffice it to say that the pre-trial detention conditions may be considered by the military judge on sentencing. Further, in cases where the conditions of detention are particularly onerous, a reviewing court may consider enhanced credit for the time spent in pre-trial custody (*R. v. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321, 205 C.C.C. (3d) 488 (ON CA), at paragraph 25).

VII. Conclusion

[77] O.S. O'Toole has not satisfied me that the Military Judge was clearly wrong or committed an error in law or principle requiring this Court to re-assess the direction of the Military Judge retaining O.S. O'Toole in custody. While the Military Judge erred in his paragraph 159.2(b) analysis by failing to assess the nature of the offences that the applicant had a substantial likelihood of committing when released, I find no error in his analysis of paragraph 159.2(a). Since the Military Judge's direction can stand on paragraph 159.2(a) alone, there is no basis for this Court to intervene.

aucun programme fixe pour l'occuper; il n'a pas accès à la bibliothèque ou à la cuisine, il n'y a pas de lumière extérieure ou de ventilation, il est presque constamment seul et on ne lui permet aucune interaction lorsque d'autres détenus sont présents.

[75] Bien que l'intimée ait déposé des éléments de preuve tendant à démontrer qu'on avait fourni de la lecture au requérant, les allégations susmentionnées sont par ailleurs essentiellement non contestées. Bien que je sois conscient des difficultés invoquées par l'accusé, lesquelles n'ont pas été contredites par la Couronne, compte tenu de la durée de sa détention préventive, j'estime que dans les circonstances, les conditions de détention du mat 3 O'Toole à la BFC Esquimalt ne sont pas injustes.

[76] Je précise toutefois que, dans le cas d'une détention prolongée avant le procès, les conditions de détention préventive à la BFC Esquimalt dont le requérant se plaint pourraient bien ne pas correspondre aux conditions de détention préventive acceptables prévues aux articles 105.31 à 105.40 des ORFC. Qu'il suffise de dire que le juge militaire peut tenir compte des conditions de détention préventive au moment de la détermination de la peine. De plus, lorsque les conditions de détention sont particulièrement pénibles, le tribunal de révision peut envisager la possibilité d'accorder une plus grande réduction de peine pour le temps passé en détention avant le procès (*R. v. Downes* (2006), 79 OR (3d) 321, 205 C.C.C. (3d) 488 (ON CA), au paragraphe 25).

VII. Conclusion

[77] Le mat 3 O'Toole ne m'a pas convaincu que le juge militaire avait de toute évidence eu tort ou qu'il avait commis une erreur de droit ou de principe qui obligerait notre Cour à réévaluer la décision par laquelle il a ordonné son maintien en détention. Bien que le juge militaire ait commis une erreur dans son analyse du paragraphe 159.2(b) en n'évaluant pas la nature des infractions que le requérant était susceptible de commettre, selon une probabilité marquée, une fois mis en liberté, j'estime qu'il n'a commis aucune erreur dans son analyse de l'alinéa 159.2(a). Étant donné que la décision du juge militaire peut demeurer valide en vertu de l'alinéa 159.2(a) seul, rien ne justifie l'intervention de la Cour.

[78] Upon review of the evidence, I also find that there has been no material change in circumstances since the Military Judge's direction rendering it unjust to retain O.S. O'Toole in custody prior to his Standing Court Martial. There is therefore no need to disturb the direction of the Military Judge.

[79] For the above reasons, the application is dismissed.

[78] Après avoir examiné la preuve, je conclus également que, depuis que le juge militaire a rendu sa décision, la situation n'a pas changé de façon importante au point de rendre injuste le maintien en détention du mat 3 O'Toole avant sa comparution devant la cour martiale permanente. Il n'est donc pas nécessaire de modifier la décision du juge militaire.

[79] Pour les motifs qui précèdent, la requête est rejetée.