COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

83-21-CA

ANGELICA MELENDEZ

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

ANGELICA MELENDEZ

APPELANTE

-et-

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Motion heard by teleconference:
The Honourable Justice Baird

Date of hearing:
August 23, 2021

Date of decision:
August 26, 2021

Reasons delivered:
September 22, 2021

Counsel at hearing:

For the Appellant:
Nelson J. Peters

For the Respondent:
Patrick McGuinty

Motion entendue par téléconférence :
l'honorable juge Baird

Date de l'audience :
le 23 août 2021

Date de la décision :
le 26 août 2021

Motifs déposés :
le 22 septembre 2021

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Nelson J. Peters

Pour l'intimée :
Patrick McGuinty

DECISION

I. Introduction

[1] Angelica Melendez seeks an order granting her judicial interim release pursuant to s. 679(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Code*"). Her Notice of Appeal, filed July 22, 2021, among numerous other grounds, asserts an error in law on the part of a Court of Queen's Bench Justice who dismissed a judicial review application for *habeas corpus*, citing jurisdictional grounds. Her counsel argues she should be released pending the hearing of the appeal of that decision. The Crown opposes her release.

II. Background

[2] Ms. Melendez was charged with the following offences to which she initially pled not guilty:

a) assault under s. 266(b) of the *Code*;

b) damage to property in violation of s. 430(4)(b) of the *Code*;

c) failure to comply with an undertaking to keep the peace and be of good behaviour, under s. 145(4)(a) of the *Code*;

d) break and enter under s. 348(1) (b) and (d) of the *Code*;

e) a second assault under s. 266(a) of the *Code*; and

f) a third assault under s. 267(b) of the *Code*.

[3] Applications for judicial interim release were dismissed on November 10, 2020 and March 26, 2021, in the lower courts. Ms. Melendez entered pleas of guilty to all

charges on June 10, 2021. Her next appearance before a Provincial Court judge is scheduled for September 28, 2021, at which time it is anticipated there will be a decision with respect to a Crown motion to dismiss a *Charter* application filed by Ms. Melendez. Should the motion be successful, the Provincial Court judge has indicated that a sentencing hearing could immediately follow. I have listened to the CD of those proceedings.

[4] Ms. Melendez has been incarcerated for a period in excess of nine months. She is 35 years old and she identifies as a citizen of the Cowessess First Nation, in the Province of Saskatchewan, Treaty 4 Territory. She has been offered a place to live in the City of Saint John through the Elizabeth Fry Society, an organization that provides support to "criminalized women." She says she wishes to find employment. She does not have a criminal record. She does not have a passport. Her parents are presently caring for her four children, aged eight to fourteen years.

[5] By virtue of s. 718.2(e) of the *Code*, a Gladue report has been ordered. Her counsel submits she is not a flight risk and that there are "unusual and unique circumstances" that should persuade this Court to release her pending her appeal. There were four affidavits filed to support the motion. Three were filed by family members who deposed to the trauma experienced by the family and Ms. Melendez herself, arising from the residential school system, and the discovery of 751 unmarked graves on the grounds of the Cowessess (Marieval) Indian Residential School. Her counsel argues her detention is unlawful because of the tragic family history and the cultural sensitivities surrounding her indigenous status.

[6] There was an extensive brief filed by her counsel, in which much of the historic treaty rights and information concerning the Treaty 4 Territory was included, along with transcripts of the two previous judicial interim release hearings.

[7] As noted, Ms. Melendez seeks judicial interim release pending the hearing of her appeal. The Court of Queen's Bench Justice dismissed the judicial review application on jurisdictional grounds as a question of law. Ms. Melendez, for the purposes

of this motion, was required to establish that her appeal of that decision is not frivolous. There was nothing in the brief, nor in the affidavits, that discussed the jurisprudence and fundamental legal principles that inform *habeas corpus* orders or that her detention was unlawful (see *Haug v. Warden of Dorchester Institution*, 2020 NBCA 32, [2020] N.B.J. No. 94 (QL); *Haug v. Warden of Dorchester Institution*, 2017 NBCA 55, [2017] N.B.J. No. 288 (QL); *Haug v. Dorchester Institution (Warden)* (2016), 449 N.B.R. (2d) 366, [2016] N.B.J. No. 121 (QL) (C.A.); *Haug v. Dorchester Institution (Warden)* (2014), 422 N.B.R.(2d) 196, [2014] N.B.J. No. 200 (QL) (C.A.)).

[8] In my view this is a gap in the evidentiary record that I cannot fill. The default argument put to me was under s. 679 of the *Code*. In their brief, the Crown acknowledges that an application for judicial interim release prior to sentencing is unique and "should only be granted in unusual and limited circumstances" (see *R. v. Sharma*, 2018 ABCA 373, [2018] A.J. No. 1328 (QL), at para. 12). The Crown agrees that this Court has jurisdiction to consider her motion. In fact, should such an application be granted, jurisdiction is limited to the completion of sentencing or the completion of the appeal, whichever occurs sooner (*Sharma*, at para. 13).

III. Analysis

[9] The following factors have been considered:

1. As stated, there was nothing in the record to persuade me the appeal has merit (see *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250, at para. 20; *R. v. Currie*, [2020] N.B.J. No. 164 (QL), at para. 6);

2. The presumption of innocence does not apply because of the guilty plea;

3. Ms. Melendez is not employed;

4. Between January 2020 to November 2020, she lived on the Cowessess First Nation, Saskatchewan, and in Saint Catherine's, Ontario, Kingston, Ontario and Bathurst, New Brunswick;

5. She has no links to the Saint John community where she proposes to live;

6. These were serious offences; and

7. The Crown is seeking a sentence in the range of two to three years' incarceration.

[10] As it pertains to the public interest component, in *R. v. Edison,* [2018] N.B.J. No. 99 (QL) (C.A.) as cited recently in *R. v. Kingsley*, [2021] N.B.J. No. 197 (QL), at para. 13, this Court wrote:

> […] An analysis pursuant to s. 679(3)(c) requires an appellate court to consider the factors of enforceability and reviewability. As Moldaver J. acknowledges in *Oland*, s. 510(10), with the appropriate modifications, applies. This ground for detention requires a court to balance the rights of the accused with the need to maintain public confidence in the justice system. Judges are instructed to "adopt the perspective of the public in determining whether detention is necessary": see *R. v. St.Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 4, in which is applied *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, para. 41. In *Hall*, McLachlin C.J. writes: "[w]here justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter" (para. 26).
>
> No single factor set out in s. 515(10)(c) is determinative. The analysis is case specific. The contextual analysis requires the decision maker to assess the combined effect of enforceability and reviewability to determine whether detention is necessary in the public interest. There is no template. This is a balancing exercise, which culminates in a single question, which is, whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. In other words, adopting the perspective of the public, would a

reasonable and fair minded person's confidence in the administration of justice be undermined should release or detention be ordered, if it is found to be not justified (*St.-Cloud* at para. 87)? As noted, public interest is assessed from the perspective of two components: enforceability and reviewability. It is to those I now turn.

In *Oland*, Moldaver J. followed the "public interest" analysis of Arbour J.A. (as she then was), in *R. v. Farinacci*, [1993] O.J. No. 2627 (QL). Arbour J.A. had separated the public interest criterion into two components: public safety and the public's confidence in the administration of justice, commonly known as the enforceability interest. Moldaver J. concludes the two part framework of enforceability and reviewability established in *Farinacci* remains good law. He adds that with appropriate modifications to reflect the post-conviction context, the public confidence factors pertaining to pre-trial judicial interim release listed in s. 515(10)(c) are instructive; therefore, the analysis is not limited to the seriousness of the crime.

On the issue of the enforceability interest, French J.A. writes the following in *R. v. LeBlanc*, [2017] N.B.J. No. 130 (C.A.):

> Consideration of the enforceability interest includes an assessment of the gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the potential length of imprisonment, factors identified in s. 515(10)(c)(ii), (iii) and (iv). These all relate to the seriousness of the crime – the "more serious the crime, the greater the risk that public confidence in the administration of justice will be undermined" if the accused is released pending trial or appeal (*Oland*, at para. 37). Other appropriate factors should also be taken into account. For example, and as noted above, public safety concerns that fall short of the "substantial risk" mark should form part of this assessment. Likewise, a lingering flight risk, which does not rise to a level that precludes release under s. 679(3) (b), may also be considered. As explained by Moldaver J.:
>
>> I pause here to note that while the seriousness of the crime for which the offender has been convicted will play an important role in assessing the

> enforceability interest, other factors should also be taken into account where appropriate. For example, public safety concerns that fall short of the substantial risk mark – which would preclude a release order – will remain relevant under the public confidence component and can, in some cases, tip the scale in favour of detention: *R. v. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193, at para. 15; *R. v. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46, at para. 34. The same holds true for lingering flight risks that do not rise to the substantial risk level under s. 679(3)(b). By the same token, the absence of flight or public safety risks will attenuate the enforceability interest.
>
> […]

[11] I have considered the hardships experienced by this family as detailed in the affidavits; however, as stated, this motion for judicial interim release was filed on the basis there is a pending appeal before the Court concerning the dismissal of a judicial review application with respect to *habeas corpus*. I do not have sufficient information to determine whether, or not, there is merit to that appeal.

[12] For these reasons it is my view the motion for judicial interim release must fail.

IV. Disposition

[13] The motion is dismissed.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction

[1] Angelica Melendez sollicite une ordonnance lui accordant la mise en liberté provisoire par voie judiciaire, au titre du par. 679(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code*). Dans son avis d'appel, déposé le 22 juillet 2021, elle fait notamment valoir qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine a commis une erreur de droit lorsqu'il a rejeté, pour des motifs de compétence, une requête en révision judiciaire visant un recours en *habeas corpus*. Son avocat soutient qu'elle devrait être mise en liberté en attendant que soit entendu l'appel de cette décision. Le ministère public s'oppose à la mise en liberté de Mme Melendez.

II. Contexte

[2] Mme Melendez a été inculpée des infractions suivantes, à l'égard desquelles elle a initialement plaidé non coupable :

a) une infraction de voies de fait, visée à l'al. 266b) du *Code*;

b) une infraction de dommages à des biens, visée à l'al. 430(4)b) du *Code*;

c) une infraction d'omission de se conformer à une promesse de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite, visée à l'al. 145(4)a) du *Code*;

d) une infraction d'introduction par effraction, visée aux al. 348(1)b) et d) du *Code*;

e) une deuxième infraction de voies de fait, visée à l'al. 266a) du *Code*;

f) une troisième infraction de voies de fait, visée à l'al. 267b) du *Code*.

[3] Le 10 novembre 2020 et le 26 mars 2021, des demandes de mise en liberté provisoire ont été rejetées par des cours inférieures. Le 10 juin 2021, Mme Melendez a inscrit des plaidoyers de culpabilité à l'égard de toutes les inculpations. Sa prochaine comparution devant un juge de la Cour provinciale est fixée au 28 septembre 2021, et l'on prévoit qu'y sera tranchée une motion du ministère public en rejet d'une demande fondée sur la *Charte* déposée par Mme Melendez. Le juge de la Cour provinciale a indiqué que, si la motion devait être accueillie, une audience de détermination de la peine pourrait être tenue immédiatement après. J'ai écouté l'enregistrement sur disque compact des débats.

[4] Mme Melendez est incarcérée depuis plus de neuf mois. Elle est âgée de 35 ans et s'identifie comme citoyenne de la Première Nation de Cowessess, du territoire visé par le Traité n° 4, en Saskatchewan. On lui a offert un endroit où habiter dans la ville de Saint John, par l'entremise de la Elizabeth Fry Society, une organisation qui apporte du soutien aux [TRADUCTION] « femmes criminalisées ». Mme Melendez dit vouloir se trouver un emploi. Elle n'a pas d'antécédents judiciaires. Elle n'a pas non plus de passeport. Ses parents s'occupent actuellement de ses quatre enfants, âgés de huit à quatorze ans.

[5] L'établissement d'un rapport de type Gladue a été ordonné, aux fins d'application de l'al. 718.2e) du *Code*. L'avocat de Mme Melendez affirme que sa cliente ne présente aucun risque de fuite et que des [TRADUCTION] « circonstances uniques et inhabituelles » devraient convaincre la Cour de la mettre en liberté dans l'attente de son appel. Quatre affidavits ont été déposés à l'appui de la motion. Les auteurs de trois affidavits étaient des membres de la famille, qui ont fait état du traumatisme occasionné à la famille et à Mme Melendez elle-même par le régime des pensionnats et la découverte, sur le site du Pensionnat indien de Cowessess (Marieval), de 751 tombes anonymes. L'avocat de Mme Melendez soutient que la tragique histoire familiale de cette dernière et les points culturels sensibles rattachés à sa situation d'Autochtone rendent sa détention illégale.

[6] L'avocat de Mme Melendez a déposé un imposant mémoire, qui présentait notamment des renseignements détaillés sur les droits issus des traités historiques et le territoire visé par le Traité n° 4, et auquel étaient jointes les transcriptions des deux audiences précédentes relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire.

[7] Comme il a été mentionné, Mme Melendez sollicite sa mise en liberté provisoire en attendant l'audition de son appel. Le juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la requête en révision judiciaire pour des motifs de compétence comme question de droit. Pour que la présente motion soit accueillie, Mme Melendez devait établir que l'appel interjeté de cette décision n'était pas frivole. La jurisprudence et les principes juridiques fondamentaux qui orientent les ordonnances d'*habeas corpus*, et les éléments rendant la détention illégale, n'étaient abordés ni dans le mémoire, ni dans les affidavits (*Haug c. Directeur du pénitencier de Dorchester et autres*, 2020 NBCA 32, [2020] A.N.-B. n° 94 (QL); *Haug c. Directeur du pénitencier de Dorchester*, 2017 NBCA 55, [2017] A.N.-B. n° 288 (QL); *Haug c. Dorchester Institution (Warden)* (2016), 449 R.N.-B. (2e) 366, [2016] A.N.-B. n° 121 (QL) (C.A.); *Haug c. Dorchester Institution (Warden)* (2014), 422 R.N.-B. (2e) 196, [2014] A.N.-B. n° 200 (QL) (C.A.)).

[8] À mon avis, il s'agit là d'une lacune dans le dossier de la preuve qu'il ne m'est pas possible de combler. L'argument par défaut qu'on m'a présenté se fondait sur l'art. 679 du *Code*. Le ministère public reconnaît, dans son mémoire, qu'une demande de mise en liberté provisoire avant la détermination de la peine a un caractère unique et [TRADUCTION] « ne doit être accueillie que dans des circonstances restreintes et inhabituelles » (*R. c. Sharma*, 2018 ABCA 373, [2018] A.J. No. 1328 (QL), par. 12). Le ministère public convient que la Cour a compétence pour examiner la motion de Mme Melendez. Si la demande de cette dernière est accueillie, en fait, la compétence prend fin lorsque la peine est déterminée ou que l'appel est tranché, selon la première des deux occurrences (*Sharma*, par. 13).

III. Analyse

[9] Les facteurs suivants ont été pris en compte :

1. comme je l'ai mentionné, rien au dossier ne me convainc qu'il existe un fondement à l'appel (*R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, par. 20; *R. c. Currie*, [2020] A.N.-B. n° 164 (QL), par. 6);

2. le plaidoyer de culpabilité écarte la présomption d'innocence;

3. Mme Melendez n'a pas d'emploi;

4. entre janvier et novembre 2020, elle a vécu sur le territoire de la Première Nation de Cowessess, en Saskatchewan, à St. Catherine's et à Kingston, en Ontario, ainsi qu'à Bathurst, au Nouveau-Brunswick;

5. elle n'a aucun lien avec la collectivité de Saint John, où elle se propose de vivre;

6. de graves infractions ont été commises;

7. le ministère public demande l'infliction d'une peine d'emprisonnement allant de deux à trois ans.

[10] Pour ce qui est du volet relatif à l'intérêt public, notre Cour a formulé les observations suivantes dans l'arrêt *R. c. Edison*, [2018] A.N.-B. n° 99 (QL) (C.A.), qu'elle a récemment reprises dans *R. c. Kingsley*, [2021] A.N.-B. n° 197 (QL), par. 13 :

> […] L'analyse que demande l'al. 679(3)c) veut que le tribunal d'appel prenne en considération les facteurs que sont la force exécutoire et le caractère révisable des jugements. Comme l'a constaté le juge Moldaver dans *Oland*, le par. 510(10) s'applique, avec les adaptations qui

s'imposent. Ce motif de détention exige la recherche d'un équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Il est enjoint aux juges d'adopter « la perspective du public [...] afin de déterminer si la détention est nécessaire » (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 4, arrêt dans lequel est appliqué *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 41). Dans *Hall*, la juge en chef McLachlin a écrit : « Lorsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue, il risque d'avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice » (par. 26).

Aucun des facteurs énoncés à l'al. 515(10)c) n'est déterminant en soi. L'analyse est propre à la cause. Cette analyse contextuelle demande que le tribunal apprécie l'effet combiné des principes de la force exécutoire et du caractère révisable des jugements pour déterminer si la détention est nécessaire dans l'intérêt public. Il n'existe pas de formule à appliquer. Il s'agit d'un exercice de pondération qui mène à une unique question : la détention est-elle nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice? En d'autres termes, il faut se demander, en adoptant le point de vue du public, si la confiance d'une personne raisonnable et impartiale envers l'administration de la justice serait minée par la mise en liberté ou par la détention, dans l'hypothèse où elle se révélerait injustifiée (*St-Cloud*, par. 87). Comme je l'ai indiqué, l'intérêt public est apprécié en fonction de deux éléments : la force exécutoire et le caractère révisable des jugements. Je les examine maintenant.

Dans l'arrêt *Oland*, le juge Moldaver a suivi l'analyse que la juge d'appel Arbour (tel était alors son titre) avait donnée de l'« intérêt public » dans *R. c. Farinacci*, [1993] O.J. No. 2627 (QL). La juge avait partagé le critère de l'intérêt public en deux volets : la sécurité publique et la confiance du public envers l'administration de la justice, second volet connu comme celui de l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements. Le juge Moldaver a conclu que le cadre établi dans *Farinacci*, double analyse portant sur la force exécutoire et sur le caractère révisable des jugements, demeurait une formulation valable du droit. Il a ajouté que les facteurs relatifs à la confiance du public énumérés à l'al. 515(10)c), qui concernent la mise en liberté provisoire par voie judiciaire avant le procès, sont utiles pourvu que

soient apportées les adaptations qui s'imposent pour tenir compte du contexte postérieur à la déclaration de culpabilité; par conséquent, l'analyse ne se limite pas à la gravité du crime.

Dans *R. c. LeBlanc*, [2017] A.N.-B. nº 130 (C.A.), le juge d'appel French a écrit ce qui suit, au sujet de l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements :

> L'examen que requiert l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements suppose une évaluation de la gravité de l'infraction, des circonstances entourant sa perpétration et de la durée possible de l'emprisonnement, facteurs qu'énumèrent les ss-al. 515(10)(ii), (iii) et (iv). Tous se rapportent à la gravité du crime : « Plus grave est le crime, plus grand est le risque que la confiance du public envers l'administration de la justice soit minée » par une mise en liberté de l'accusé en attendant l'issue du procès ou de l'appel (*Oland*, par. 37). D'autres facteurs, s'ils sont pertinents, devraient aussi être pris en considération. Par exemple, et comme je l'ai indiqué précédemment, les préoccupations relatives à la sécurité du public qui ne sont pas constitutives de « risque important » devraient entrer dans cette évaluation. De même, un risque de fuite persistant, lorsqu'il ne correspond pas au risque qui interdirait une mise en liberté suivant l'al. 679(3)b), peut être pris en compte. Comme l'a expliqué le juge Moldaver :
>
>> Je m'arrête ici pour souligner que, bien que la gravité du crime pour lequel le délinquant a été reconnu coupable joue un rôle important dans l'appréciation de l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements, d'autres facteurs devraient aussi être pris en considération lorsque cela est indiqué. Par exemple, des préoccupations relatives à la sécurité du public ne constituant pas un risque important – risque qui ferait obstacle à une ordonnance de mise en liberté – demeureront pertinentes à l'égard du volet de la confiance du public et pourront, dans certains cas, faire pencher

> la balance en faveur de la détention (*R. c. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193, par. 15; *R. c. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46, par. 34). Il en va de même pour les risques de fuite persistants qui ne correspondent pas au risque important visé à l'al. 679(3)b). Dans le même ordre d'idées, l'absence de risques de fuite ou de risques pour la sécurité du public atténuera l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements. [….]

[11] J'ai pris en considération les épreuves vécues par la famille de Mme Melendez, décrites en détail dans les affidavits; comme il a été mentionné, toutefois, la présente motion en mise en liberté provisoire par voie judiciaire a été déposée au regard d'un appel en instance devant la Cour concernant le rejet d'une requête en révision judiciaire visant un recours en *habeas corpus*. Je ne dispose pas de renseignements suffisants pour déterminer s'il existe ou non un fondement à cet appel.

[12] Pour ces motifs, je suis d'avis que la motion en liberté provisoire par voie judiciaire doit être rejetée.

IV. Dispositif

[13] La motion est rejetée.